

J. rom. m.

460^a

J. rom. M.

460^d

Schirmer

Ueber die prätorischen Judicialstipulationen

mit
besonderer Berücksichtigung
der
stipulatio judicatum solvi.

Eine rechtshistorische Abhandlung

von

Dr. J. Th. Schirmer,

Docenten der Rechte zu Breslau.

Greifswald 1853.

C. A. Koch's Verlagsbuchhandlung

Th. Kunike.

74.13

Ueber die

prätorischen Judicialstipulationen

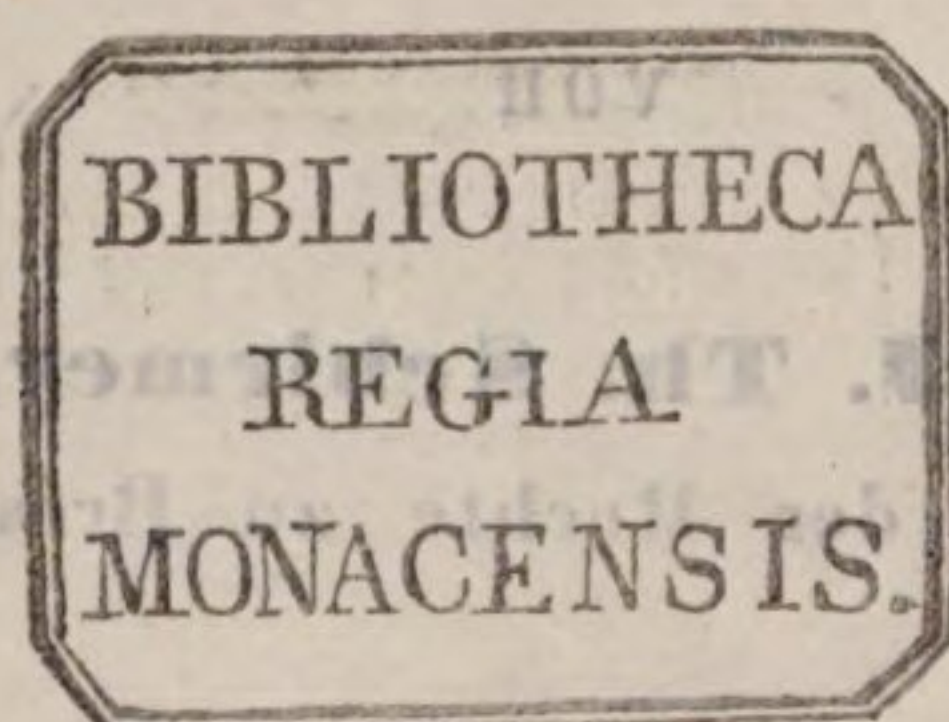
mit

besonderer Berücksichtigung

der

stipulatio iudicialium solvi.

Eine rechtshistorische Abhandlung



Greifswald 1853.

C. A. Koch's Verlagsbuchhandlung
Th. Kuhnke.

Inhalts - Verzeichniss.

I. Die prätorischen Judicialstipulationen.

Einleitung. — Bedeutsamkeit einer Untersuchung über die genannten Stipulationen für den Römischen Vindicationsprocess wegen der zu ihnen gehörigen *stip. jud. solv.* — Nähere Begrenzung dieser Aufgabe. — Verschiedene Theorien über die *stip. jud. solv.* (p. 1—7). — Verfahren bei deren Interposition (p. 7—9). — Zweck der prätorischen Judicial-Stipulationen. — Materielle Sicherung des Klägers. — Formgebung für den demnächstigen Rechtsstreit? — L. 1. pr. D. de *stip. praet. judicium, ut ratum fiat.* — Verhältniss zu den sonstigen Arten der prätorischen Stipulationen (p. 9—12). — Die Präjudicial- und Poenal-Sponsionen sind überhaupt zu diesen nicht zu rechnen. — Gemeinsame Natur der letzteren (p. 12—17.). — Name der prätorischen Stipulationen; historische, systematische Bedeutung derselben. — Darlegung der in den Quellen befolgten Terminologie (p. 17—26.). — Innere Verschiedenheit der prätorischen Thätigkeit bei Erforderung der Präjudicial- oder Poenal-Sponsionen und der prätorischen Stipulationen (p. 26—32.). — Das Zeugniß der *lex Rubria* (p. 32—37.). — Besondere Natur der Poenalsponsionen (p. 37—42.). — Resultate (p. 42—45.). — Ansicht von Savigny's über die *stip. jud. solv.* (p. 45—47.).

II. Die *stipulatio jud. solvi* und *ex operis novi nuntiatione*.

Die Formeln derselben. — Schmidts Restitution. — Frühere Versuche. — Kritik derselben (p. 48—56.). — Ist diese Formel geeignet, dem Vindicationsprocesse oder dem Processe über das Bau-Recht des Nuntiaten seine Form zu geben? — Die Form der Condition wäre unter dieser Voraussetzung für jene Processe zu erwarten. — Wetzell's Erklärung für den Umstand, dass nichts desto weniger der Vindicationsprocess mittelst der *formula arbitraria* abgesetzt wurde (p. 56—60.). Die Condition musste aber doch möglich gewesen sein. — Die Formel einer solchen Condition steht aber mit den Regeln des Römischen Processrechts nicht in Einklang, da sie zur Zeit der L. C. noch nicht committirte Ansprüche umfasst (p. 60—68.). — Sie leidet auch an logischen Widersprüchen. — Dasselbe gilt von der aus der *stip. ex op. nov. nunt.* zu ertheilenden Formel (p. 68—71.). — Der Ausdruck „Judicat“ in der Stipulation bezieht sich auf die Endsentenz im Vindications-Process und dem Verfahren über das Baurecht des Nuntiaten. — Beweis. L. 9. D. jud. solv. L. 12. D. de O. N. N. (p. 71—79). — Anscheinend widerspricht dem L. 21. §. 4. D. de O. N. N. — Erklärung des Umstandes, dass die *restitutio operis* als Inhalt der Stipulation erscheint. — Verschiedene Gesichtspunkte für deren Auffassung.

— Diese war eine andere im klassischen, eine andere im Justinianischen Recht (p. 79—89.). — Die *stip. jud. solvi* sichert ein erst zu erwartendes, nicht ein bereits gefälltes Urtheil. — Die für das Gegentheil angeführten Anwendungen der Stipulation sprechen vielmehr für die hier aufgestellte Ansicht. — Ebenso die von den Defensoren zu leistende *stip. jud. solv.* (p. 89—104.). — Resultate (p. 104—105.).

III. Die einzelnen Clauseln der *stipulatio judicatum solvi*.

1. Die *cl. ob rem judicatum*. Der Inhalt derselben ist nach den verschiedenen Meinungen über die Function der Stipulation gleichmässig dem des Urtheils identisch. — Modificationen dieses Inhalts durch das nach der Zeit des Urtheils an dessen Leistung entstehende Interesse, besonders durch die Urtheilszinsen (p. 106—107.). — Auch die *actio judicati* erstreckt sich auf diese Zinsen (p. 107—113.). — Dennoch ist in der Art der Einforderung ein Unterschied, hier werden sie nur beiläufig eingefordert, dort schon nach dem Wortlaut der Stipulation wahrgenommen. — Allein diese Modification ist doch nur eine zufällige, und lässt das Wesen der Stipulation unberührt (p. 113. 114.).

2. Die *cl. de re defendenda*. Consequenzen der verschiedenen Auffassung der Stipulation für diese Clausel. — Die Begründung eines Contumacialverfahrens gegen den Beklagten oder dessen Beschleunigung hatte sie nicht zum Zwecke. — Beweis dagegen (p. 114—118.). — Verhältniss der Klage gegen die Stipulationsbürgen zu der gegen den Hauptbeklagten in Beziehung auf die processualische Consumtion durch L. C. und Urtheil. — Einfluss der Leistung des Judicats aus der Stipulationsklage Seitens der Bürgen auf den Hauptprocess (p. 118—135.). Einfluss der Wiederaufnahme des letzteren durch den Beklagten nach der L. C. aus der *cl. ob rem non def.* mit den Bürgen. —

L. 13. pr. D. jud. solv. (p. 135—142.). — Verhältniss der Clausel zur Processverjährung (p. 142—144.). — Die *cl. ob rem non def.* soll das Contumacial-Urtheil entbehrlich machen (p. 144—149.).

3. Die *cl. de dolo*. Consequenzen der beiderseitigen Ansichten. — *Exceptio doli* in der *formula arbitraria* (p. 149 bis 154.). — Die Clausel wird neben der *cl. de re jud.*, nicht neben der *de re def.* committirt (p. 154—159.). — Haftung dessen, *qui liti se obtulit* (p. 159—166.). — Die Haftung dessen, *qui dolo desit possidere* (p. 166—172.). — Die Haftung für die Deterioration der Streitsache (p. 172—179.). — Prästation der Früchte (p. 179—181.). — Resultate (p. 181—183.).

IV. Die Theilbarkeit der *stipulatio judicatum solvi*.

L. 2. §. 2. D. de praet. stip. — Abweichung der prätorischen von den gewöhnlichen Poenalstipulationen in Bezug auf die Theilung unter die einzelnen Erben des Stipulators oder Promissor. — Erklärung dieser Abweichung (p. 183—195.). — Modificationen der gefundenen Regeln durch die verschiedenen Besitzverhältnisse, in welchen die Erben des ursprünglichen Besitzers stehen (p. 195—200.).

I. Die prätorischen Judicialstipulationen.

Pomponius giebt uns im fünften Fragmente des Digestentitels „*de verborum obligationibus*“ gleich am Eingang eine Eintheilung der gesammten Stipulationen nach vier Classen.

Stipulationum aliae judiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et judiciales. (Lib. 26 ad Sab.)

Unter den ersteren begreift er diejenigen, welche *a mero iudicis officio proficiscuntur*, wogegen die *praetoriae a mero praetoris officio* abzuleiten seien, während die *communes* auf das *officium* bald des einen, bald des anderen, die *conventionales* endlich lediglich auf die Uebereinkunft der Parteien sich gründeten. Fast wörtlich gleichlautend mit dieser Stelle ist der Institutionentitel „*de divisione stipulationum*“ (III. 19). Von den hier genannten „*praetoriae stipulationes*“ wird nun weiter im fünften Titel des sechs- und vierzigsten Buchs der Pandecten gehandelt und allda von Ulpian eine fernere Sonderung jener Classe in drei Unterabtheilungen durchgeführt.

L. 1. pr. D. de stip. praet. (46. 5) *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes.* (Ulp. Lib. 70 ad Ed.)

Die hier gedachten *judiciales* sind es nun, mit denen wir uns gegenwärtig beschäftigen wollen, und welche wir in der Ueberschrift dieses Aufsatzes kurzweg als „praetorische Judicialstipulationen“¹⁾ bezeichneten. Wäre eine solche Untersuchung um ihres fernabliegenden Gegenstandes willen auch nur noch von antiquarischem Interesse, so würde sie doch insoweit immer ihre Bedeutung haben, zumal wir

1) Der Ausdruck „*stipulationes praetoriae judiciales*“ findet sich zwar so verbunden nicht schon in den Römischen Rechtsquellen, ist aber doch schon früh die übliche technische Bezeichnung geworden. So gebraucht ihn namentlich *Paulus Castrensis*. Comm. ad h. l.

hier in alter wie neuer Zeit mannigfachen Controversen und Missverständnissen begegnen ¹⁾. Die alte Wahrheit aber, dass aus einem

1) So ist schon das Verhältniss der L. 5. D. de V. O. (45. 1.) und der L. 1. D. de stip. praet. (46. 5.) ein höchst bestrittenenes. Bereits in der Accursischen Glosse finden wir drei verschiedene Meinungen. Die eine nimmt zwischen beiden Fragmenten einen directen Widerspruch an und entscheidet sich dann einfach für die L. 1. cit. Sie ist niedergelegt in der Glosse zu L. 5 pr. D. de V. O. und zwar in den Worten: „*quam judiciales.*“ *Sed certe non quatuor, immo tres tantum species esse videntur sc. judiciales, conventionales, communes*, wo die Erwähnung der *conventionales* der von den Glossatoren zu L. 1. pr. cit. angemerkten unrichtigen Lesart „*conventionales*“ statt „*cautionales*“ ihren Ursprung zu verdanken scheint. So schwach auch eine solche Stütze ist, so ist sie doch selbst noch in späterer Zeit für ausreichend erachtet worden, nur dass man, wahrscheinlich der grösseren Vollständigkeit halber, der Aufzählung der L. 5. cit. den Vorzug gab (vergl. z. B. die Randnote zu L. 1. pr. cit. bei Baudouin in seiner Ausgabe des Corpus juris c. gl. Lugd. 1593). — Die zweite der in der Glosse angeführten Meinungen sucht jenen Widerspruch dadurch zu vermitteln, dass sie den Ausdruck „*praetoriae*“ in L. 1. cit. als einen allgemeineren, alle Stipulationen, soweit sie nicht *conventionales* sind, umfassenden ansieht, und demgemäss die in den beiden Fragmenten gemachten Einteilungen als zwei auf verschiedener Grundlage beruhende und coordinirt neben einander herlaufende auffasst. Vergl. Gl. ad L. 1 pr. de stip. praet. und Gl. Dicitur ad §. 2. J. de divis. stip. Auch Baldus (vergl. Super Dig. novo Lectura 1536 s. l. fol. XII. ad L. 5. D. de V. O. fol. XXXV. ad L. 1. D. de stip. praet. und Commentaria ad IV. Inst. libr. ad. Tit. de divis. stip. Lugd. 1585. fol. XXXIX.) verfolgt denselben Grundgedanken, wenn er sich gleich im Einzelnen etwas anders bei ihm gestaltet. Ganz die Ansicht der Glosse trägt wieder vor Pothier (Pandect. Justinian. Tit. de stip. praet. Bd. IV. p. 298. Paris. 1819); vergl. auch Langebeck Novae annotationes, Otto Thes. Tom. I. p. 539 sq. c. 30. Gerade den umgekehrten Weg hat in neuerer Zeit Vultejus eingeschlagen, indem er nicht wie die Glosse die *praetoriae*, sondern die *judiciales* den *conventionales* als Hauptklasse gegenüberstellt, wofür er die L. 5. D. de V. O. als Beweis anführt. Diese theilt er dann wieder ein in *judiciales stricto sensu* und *praetoriae* als *in judicio* und *extra judicium* oder, was dasselbe ist, *officio judicis dati* und *officio magistratus* zu bestimmende. Die letzteren werden endlich nochmals, je nachdem sie *officio praetoris nobili* oder *mercenario* aufzuerlegende sind, in *praetoriae* im engern Sinne und *cautionales* unterschieden (s. H. Vultejus in Institutiones commentarius Francof. 1629. ad Tit. de divis. stip. III. 19. p. 476). So sei es zu erklären, wenn Justinian in der Institutionenstelle, die ge-

organischen Ganzen, wie das Römische Recht ein solches ist, niemals ein einzelnes Glied, wie klein und unscheinbar es auch sei, aus seinem Zusammenhange herausgerissen und für sich betrachtet werden dürfe, wenn man anders dessen volles Wesen und Wirken erkennen will, sie findet auch hier ihre Anwendung.

Zu unseren Stipulationen gehört nach dem Zeugnisse der L. 1. §. 1. cit. auch die *stipulatio judicatum solvi*. Schon aus diesem Umstande ergiebt sich die weitgreifende Bedeutsamkeit aller über die Natur der Judicialstipulationen anzustellenden Untersuchungen, und hierin lag auch die nächste äussere Veranlassung, welche unsere Aufmerksamkeit diesem Gegenstande zulenkte, obgleich die eigentliche Aufgabe dieser Zeilen einer anderen Lehre des Römischen Rechtes entlehnt ist.

Bei der innigen Verbindung nämlich, welche zwischen dem Römischen Vindicationsprozesse und der *stipulatio judicatum solvi* unlängbar stattgefunden hat, ist eine wechselseitige Abhängigkeit beider von einander und eine gleiche Einwirkung derselben aufeinander, deren Folgen im Laufe der Zeit mehr und mehr hervortreten mussten, nicht in Abrede zu stellen. Diesen Einfluss nun gehörig zu würdigen, ist für die richtige Erkenntniss jenes Prozesses selbst von der höchsten Wichtigkeit. Eine ausführliche Darstellung desselben, die gewiss nicht unbelohnend sein würde, liegt indessen zunächst noch nicht in unserem Plane; es kommt uns hier zuvörderst nur darauf an, die Punkte aufzusuchen, von denen eine solche gegenseitige Einwirkung ausgehen musste, mit anderen Worten die Fun-

nauer von Ulpian in der L. 1. cit. *cautionales* benannten Stipulationen bei ihrem generellen Namen „*praetoriae*“ bezeichne. Noch weiter geht Longovallius, dem nach einer allerdings mehr nur gelegentlichen Bemerkung *stipulationes praetoriae* und *cautionales* völlig identisch sind (s. Longovallius Nova et facilis declaratio in L. Imperium sub tit. de jurid. omn. judicium in Pand. Paris 1539, fol. 27). Beide stimmen übrigens hiernach darin überein, dass sie die beiden Eintheilungen für dieselben und nur durch die darin angewandte Terminologie sich unterscheidend halten. Die dritte Ansicht der Glosse endlich nimmt die an beiden Stellen mit dem Zusatze „*praetoriae*“ bezeichneten Stipulationen für dieselben (vergl. Gl. veniunt. ad §. 2J. de divis. stip.) und muss consequent dann die in der L. 1. cit. gegebene Dreitheilung als Unterabtheilung jener ersten ansehen, was denn auch bereits Bartolus (In secundam partem Dig. novi Bartoli a S. commentaria. Basileae apud Episcopium 1588. ad L. 5. D. de V. O. p. 23 und ad L. 1. D. de stip. praet. p. 287), wie Angelus Arctinus zu unserer Institutionenstelle sehr bestimmt hervorheben.

ction der gedachten Stipulation im Römischen Vindicationsprozesse festzustellen. Diese Beschränkung zieht nun aber eine zweite unmittelbar nach sich. Unsere Betrachtung kann sich nicht wohl über die Zeit der klassischen Jurisprudenz hinaus erstrecken. Zwar dürfen wir kein besonderes Gewicht auf einen Grund legen, den man mehr einem unklaren Gefühle folgend etwa aus der Beschaffenheit unserer Quellen selbst abzuleiten versucht sein möchte; als ob diese es nämlich seien, welche uns zunächst zu einer Betrachtung des klassischen Processes aufforderten. Denn indem der vorzüglichere Theil derselben jener Periode entsprungen ist, scheint es, als müsse er deshalb auch für sie, besonders seit uns durch die Auffindung des Gaius die Einsicht in das Römische Processwesen so bedeutend erleichtert, ja in vielen Punkten überhaupt erst möglich geworden ist, eine wenn auch immer spärliche, im Verhältniss zu anderen Zeitabschnitten doch noch sehr reichhaltige Ausbeute liefern. Ein Schein, welcher durch einen Blick auf den Umfang, den in unseren rechtsgeschichtlichen Compendien der klassische Process und der der späteren Kaiserzeit einnimmt, wesentlich unterstützt wird. Wenn nun gerade hier das vollständigste Bild des gesamten Verfahrens vor unseren Augen sich aufrolle, so verdiene dies schon um deswillen vor allen anderen nachgezeichnet zu werden. Mit grösserem Rechte jedoch würde man dagegen einwenden, wie die bei weitem überwiegende Masse unserer Quellenschriften vielmehr zunächst die Bestimmung hatte, für das jeweilig geltende Recht Zeugnis zu geben, nicht aber das der Vergangenheit darzustellen, und wie häufig die hierbei benutzten einzelnen Bruchstücke der Schriften von klassischen Juristen, um diesem Zwecke zu entsprechen, einer nicht selten gewaltsamen Nachhülfe unterworfen wurden; dass unsere Quellen uns also im Gegentheil vor Allem auf die Darstellung des späteren und insonderheit des Justinianischen Rechtes verweisen. Dennoch liegt hinter jenem Gedanken etwas Wahres verborgen. Das Bild des Processes der klassischen Zeit erscheint uns um deshalb vollständiger als das, welches wir uns etwa von dem Gange der Rechtsverfolgung unter Justinian entwerfen können, weil jener selbst der feinere und ausgebildeter ist, und trotz aller Ungunst der Zeiten uns dennoch Reste genug geblieben sind, um aus ihnen den Reichthum des ganzen Gebildes zu ahnen. Hiermit hängt denn aber auch wieder das Moment, welches für uns massgebend sein muss, auf das engste zusammen. Die *stipulatio judicatum solvi* gehört ausschliesslich dem Verfahren *per formulam petitoriam* an, und dies selbst ist erst in einer dem klassischen Recht nicht allzufrüh vorausgegangenen Periode ausgebildet, wenigstens erst mit diesem

der vorher etwa schon vorhandene Stoff von der Wissenschaft erfasst und ausgearbeitet worden. So hatte denn gerade unter den Händen der klassischen Juristen diese Form des Vindicationsprocesses die Stufe ihrer höchsten Vollendung erreicht. Diese Blüthe überdauerte aber auch ihre Pfleger nicht lange. Dem materiellen Recht gegenüber ist der Process der beweglichere, wechselndere Bestandtheil, weil er im Grunde nur das Mittel für die Durchführung des ersteren ist, wenn gleich ein Rechtsmittel und als solches selbst wieder dem Rechte angehörig. Diess zeigt sich nun auch im Römischen Rechte. Schon mit Diocletian ¹⁾ ist der Formularprocess verschwunden, während das materielle Recht im Grossen und Ganzen noch ziemlich dasselbe wie in der früheren Kaiserzeit war. Die dem Vindicationsprocesse eigenthümliche *stip. jud. solvi* erhielt sich zwar ihres materiellen Inhaltes wegen noch länger, fiel aber doch unter Justinian ²⁾ vollständig hinweg, nachdem sie wahrscheinlich auch schon vorher ihr Dasein nur nothdürftig gefristet hatte ³⁾, seit sie als eine dem Formularverfahren entsprossene Erscheinung mit dessen Aufhören selbst aus ihrem Boden herausgerissen war. Es bleibt also für die vorliegende Untersuchung, deren Aufgabe es ja ist, das normale Verhältniss der *st. jud. solv.* zum Processe darzustellen, nur die Zeit der klassischen Jurisprudenz übrig, indem die Gestaltungen des späteren Rechtes immer erst als aus jenen Zuständen mit hervorgegangene Producte betrachtet werden und desshalb für die Erkenntniss dieser nur eine untergeordnetere Bedeutung haben können, und überhaupt der weiteren Entwicklung derselben angehören, während es uns nur um die dabei wirkenden Factoren, nicht aber um deren Resultat zu thun ist.

Zwar fehlt es nicht an Bearbeitungen, welche diesen Gegenstand mehr oder weniger ausführlich behandeln; allein die älteren ⁴⁾, welche

1) s. L. 2 C. de pedan. judic. (3. 3.) Vergl. Heffter, System des Röm. u. Deutschen Civil-Processrechts. Bonn 1843. §. 307. Puchta, Coursus d. Institut. Bd. II. Leipz. 1846. §. 182.

2) §. 2 J. de satisd. (4. 11.) vgl. Wetzell, der Römische Vindicationsprocess. Leipz. 1845. p. 271.

3) vgl. Schrader, Instit. ad §. 2. J. de satisdat. (4. 11.)

4) Unter diesen ist vor allen zu nennen: H. Donellus Commentarii juris civ. Lib. XVIII. c. 14. §. 1—24, wo zwar nur bei Gelegenheit der procuratorischen Cautionen, aber doch mit grosser Ausführlichkeit von der *stip. jud. solv.* gehandelt wird. Demnächst gehören hieher die Interpreten zu den titt. Dig. jud. solvi und de stip. praet., wie zu L. 5. D. de V. O. und zu tit. Inst. de divis. stip. Einzelne andere Autoren

vor der Entdeckung der Gaiianischen Institutionen entstanden sind, haben für uns nur noch einen relativen Werth und sind überdies zum grösseren Theile mehr gelegentliche, besonders zur Exegese der Quellen dienende Bemerkungen, als ausführliche Erörterungen zu nennen. Unter den Neueren hat nun Wetzell die Bedeutung unserer Stipulation im Römischen Vindicationsprozesse in seinem bereits oben (p. 5 Not. 2) citirten Werke in umfassender Weise besprochen. Wenn wir gleich die Resultate seiner gründlichen und scharfsinnigen Forschungen im Einzelnen uns grösstentheils dankbar aneignen können, so will es uns doch nicht gelingen, uns mit dem Grundgedanken jenes Buches zu befreunden, dass nämlich die erwähnte Stipulation die formelle Grundlage der *actio in rem per formulam petitoriam* abgegeben habe ¹⁾, d. h. dass auf sie hin die Litiscontestatio von den im Streite befangenen Parteien eingegangen worden sei. Die Gründe zu entwickeln, welche dieser Anschauung entgegenstehen, soll, so weit es auf wenigen Blättern geschehen kann, der Gegenstand dieser Zeilen sein. Indessen ist es nicht unsere Absicht, eben nur eine Recension der angeführten Schrift zu liefern, vielmehr werden wir unbeschadet der polemischen Tendenz überall die Selbstständigkeit der uns vorzugsweise obliegenden Aufgabe zu wahren suchen. Die specielle Bekämpfung der Wetzellschen Theorie aber wird, hoffen wir, wenn sie sonst nur ihre innere Berechtigung hat, um so weniger als unnütz erscheinen, einer je weiteren Billigung sich jene zu erfreuen gehabt hat. Unzweideutig, wenn gleich nicht mit ausdrücklichen Worten, ist sie in einer Recension des Wetzellschen Buches von v. d. Pfordten ²⁾ anerkannt; nicht minder scheint Rudorff ³⁾ derselben zugethan. Ob er aber nicht diese Stipulation für einen Bestandtheil der Litis-Contestatio selbst ansieht, welche überhaupt nach einer bereits früher von ihm ausgesprochenen Ansicht ⁴⁾ ihrem juristischen Wesen nach in einem *verbis* und ursprünglich *per aes et libram* eingegangenen Contracte bestanden haben soll, lässt sich aus jener kurzen Andeutung nicht wohl ersehen. Auch

werden noch später besonders namhaft gemacht werden. Vgl. auch noch Voët Comm. ad Pand. Lib. II. Tit. 8. No. 15 ff.

1) Vgl. namentlich a. a. O. p. 100—103. p. 271 u. a. m.

2) In Schneider's kritischen Jahrb. Bd. XIX. Leipz. 1846. p. 21—46.

3) In Note h*) zu Puchta's Coursus der Inst. Bd. II. §. 232.

4) Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. Bd. VII. No. VII. p. 231 ff. und namentlich p. 237 ff. vgl. auch ebenda Bd. XIII. p. 197 Note 34, wo er anmerkt, die L.-C. scheine gegenseitige Sponsionen *amplius non peti* und *sententiae stari* enthalten zu haben.

von Savigny's ¹⁾ Auffassung ist der von Wetzell verwandt; wir werden uns weiter unten noch näher mit ihr beschäftigen. In allerneuester Zeit endlich hat auch Schlayer ²⁾ in einem Aufsätze über processualische Cautionen sich fast durchweg an Wetzell angeschlossen.

Wir beginnen damit, uns mit der äusseren Anordnung des Verfahrens, welches bei Ableistung der Stipulation inne gehalten wurde, bekannt zu machen. Leider sind uns hierüber nur höchst lückenhafte Nachrichten erhalten ³⁾. Alles, was sich darüber sagen lässt, besteht etwa in Folgendem. Man kann so viel als ausgemacht annehmen, dass die Stipulation regelmässig vor der Litiscontestation interponirt, und dass sie von Seiten des Beklagten zu Gunsten des Klägers geleistet wurde. Wegen des letzteren ist nie ein Zweifel erhoben worden, aber auch das erstere ist vollständig zu erweisen. So heisst es in

L. 8. D. jud. solv. (46. 7.) *Si petitor post satisfactionem ante judicium acceptum heres possessori exstiterit, extinguitur stipulatio.* (Paull. Lib. 74 ad Edict.)

L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (2. 8.) *Si servus inveniat⁴⁾, qui antequam judicium acciperetur⁵⁾, fidejussit judicatum solvi, succurrendum est actori, ut ex integro caveatur.* (Paull. Lib. 14. ⁶⁾ ad Ed.) ⁷⁾

Ebenso geht aber auch aus der letzten Stelle, mit der noch die im

1) System d. heut. Röm. Rechts. Bd. VI. Berlin 1847. §. 258. p. 23—36. vgl. auch Bd. V. Beil. XIII. No. 19. p. 501.

2) Die Lehre von den Cautionen im Civilprocesse. Giessener Zeitschrift N. F. Bd. IX. p. 1—52. 187—271. 281—309.

3) vgl. v. Savigny System Bd. VI. §. 258. p. 28.

4) al. *interveniat*, eine übrigens bedeutungslose Variante.

5) So Haloander. Die Florentinische Lesart „*accipiatur*“ würde noch unmittelbarer beweisen, dass jene Ordnung eine allgemeine, nicht bloss in diesem Falle befolgte sei. Da indessen für eine solche Nebenbeziehung kein rechter Anlass ersichtlich ist, scheint die Haloandrische Lesart vorzuziehen. Ein eigenthümliches Missverständniss über die Construction dieser Stelle lässt sich hier die Glosse zu Schulden kommen. — vergl. noch L. 76. D. de proc. (3. 3.)

6) Hal. 43.

7) vgl. auch L. 12. D. jud. solv. (46. 7.) Wetzell a. a. O. p. 102 und schon Cujacius ad L. 5. D. de V. O. (ed. Neap. Tom. I. col. 1163) und Obs. XV. c. 10. (Tom. III. col. 430; p. 509 ed. Heinecc. Halae 1737.) Langebeck annotationes c. 30 in Otto Thes. Tom. I. col. 568 init. und Heimbach in Weiskes Rechtslexicon Bd. II. p. 630.

§. 3. cit. *Si fidejussor judicatum solvi stipulatori heres exstiterit, aut stipulator fidejussori, ex integro cavendum erit.* ¹⁾

folgenden Worte zu verbinden sind, hervor, dass ausnahmsweise auch die Stipulation der Litiscontestation nachfolgen konnte. Die Caution, welche also der Beklagte aussetzen musste, bestand — und dies ist ein zweiter sicherer Punkt — in der Bestellung von Bürgen. Sie ist eine *satisdatio* ²⁾. Diese schliesst aber eine Hauptverbindlichkeit in sich, zu der die Obliegenheit der Bürgen erst accessorisch hinzutritt ³⁾. Hier ist nun die *repromissio* des Beklagten jene Principalobligation, welche, wo ein blosses Versprechen ohne Bürgschaft genügt, *nuda repromissio* genannt wird ⁴⁾. Wir brauchen daher nicht erst lange nach Belägen dafür zu suchen, dass auch der Beklagte selbst *judicatum solvi* promittirt habe. Es folgt das ohne Weiteres aus dem Begriffe der *satisdatio*. Ueberdiess ist es aber auch noch für unsere Stipulation insbesondere positiv mehrfach bezeugt. Am deutlichsten in der

L. 38. §. 2. D. de solut (46. 3.) — *eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse, argumento est, quod, quum judicatum solvi satisdatum est, et damnatus reus solvit, non solum actione judicati sed etiam ex stipulatu et ipse et fidejussores liberentur* (African. Lib. 7. Quaest.) ⁵⁾.

Hierher würde endlich noch das gehören, was sich über die Formel der *stip. jud. solv.* sagen lässt. Sie ist uns indessen unmittelbar und vollständig nicht überliefert und nur durch Combination einzelner, in den Quellen sich vorfindenden und als solcher erkennbaren Stücke darzustellen. An derartigen Restitutionsversuchen hat es denn auch seit alten Zeiten nicht gefehlt, allein wir versparen uns deren Besprechung besser bis auf eine spätere Stelle, indem jene

1) vgl. L. 41 pr. D. H. P. (5. 3.)

2) L. 8. D. jud. solv. L. 1. §. 5 sq. D. de stip. praet. Gaj. Inst. IV. §. 89. 169.

3) L. 5. §. 2. D. de V. O. cf. Schulting Enarratio part. I. Dig. ad Tit. qui satisd. cog. No. 1 in d. Commentat. acad. ed. Uhlius Hal. Magd. 1774.

4) L. 1. §. 5. 7. D. de stip. praet. vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. VI. p. 30 Not. o und Baldus ad L. 2. eod. — *nudam (repromissionem) non nudam a solemnitate, sed a fidejussoribus.*

5) vgl. pr. J. de satisdat. (4. 11.) Wetzell a. a. O. p. 100 ff. v. d. Pfordten a. a. O. p. 21, der noch L. 42. D. de R. V. (6. 1.) und L. 12. D. jud. solv. (46. 7.) als weitere Beweisstellen anführt.

Versuche nur zu oft mit Rücksicht auf den der Caution angeblich zu Grunde liegenden Zweck unternommen sind, sich von den Ueberlieferungen der Quellen nicht selten erheblich entfernt haben, und deshalb wenigstens eine Characterisirung der verschiedenen, bei diesem Unternehmen festgehaltenen Standpunkte einer genaueren Besprechung desselben und der verschiedenartigen Resultate, zu denen die Einzelnen gelangt sind, vorangehen muss.

So viel über das Formelle. Wenn wir uns nun aber darnach fragen, was der eigentliche Zweck der *stip. jud. solvi* sei, so haben wir zunächst in dem bereits oben berührten Umstande einen Anhaltspunkt, dass sie den prätorischen, und zwar den Judicialstipulationen zugerechnet wird. Was also von diesen im Allgemeinen gesagt ist, muss auch von jener im Besonderen gelten. So wären wir denn wieder auf dem Punkte angelangt, von dem wir im Eingange dieses Aufsatzes ausgegangen waren, nachdem wir inzwischen die Beziehung, in welcher die Untersuchung über das Wesen dieser Stipulationen zu unserer eigentlichen Aufgabe steht, so wie den Inhalt dieser selbst näher besprochen haben. Als das Endziel jener Stipulationen wird uns nun die Sicherstellung des demnächstigen Rechtsstreites angegeben.

L. 1. pr. D. de stip. praet. (46. 5.) *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes. §. 1. Judiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione.* (Ulp. Lib. 70 ad Ed.)

Eine solche Sicherung würde es sein, wenn durch die Stipulation die Einleitung eines Verfahrens ermöglicht würde, welches ohnedies keinen Bestand hätte, wenn, wie in dem Sponsionsverfahren mit dem Urtheil über die Sponsionssumme zugleich über das im Hintergrunde liegende materielle Recht entschieden wurde, so auch hier die Stipulation interponirt werden müsste, um über das dingliche Recht des Klägers in einer anderen, factische Vortheile irgend einer Art bietenden Form urtheilen zu können. Man kann aber auch unter jener Sicherung eine materielle Bürgschaft dafür verstehen, dass die verurtheilte Partei den ihr im Erkenntniss auferlegten Verpflichtungen treulich nachkommen werde. — Es sind dies dieselben beiden Auffassungen, die, wie wir oben erwähnten, auch in Betreff der *stip. jud. solv.* vertheidigt werden. Und so ist es denn auch hier wieder Wetzell¹⁾, der zu der ersteren bestimmt sich bekennt und

1) vergl. a. a. O. p. 101. ff.

dem mehr oder weniger eng v. d. Pfordten, Rudorff und Schlayer¹⁾ sich anschliessen. Die letztere, welche in älterer Zeit wohl ohne Widerspruch geblieben ist²⁾, wird auch gegenwärtig noch von namhaften Juristen festgehalten. So von Schmidt³⁾, Liebe⁴⁾, Heffter⁵⁾, der wenigstens in Betreff der *stip. jud. solv.* bestimmt

1) S. namentlich p. 5 a. a. O. und daneben p. 38. 238. Ebenso G. E. Heimbach. Die Lehre vom Creditum p. 293, wo er der früher von ihm vorgetragenen Ansicht (Weiske's Rechtslexicon Bd. II. p. 602, 1840) untreu wird.

2) Auch in der Glosse findet sich nur die eine Ansicht ausgesprochen, es seien die *stip. jud.* da *propter iudicium i. e. sententiam, ut et pareatur ei* (Gl. ad L. 1. §. 1. de stip. praet.), oder, wie Baldus sich ausdrückt: *Ratum fiat quoad ejus executionem et finales effectus.* (ad L. 1. cit.) Was diese Stipulationen nun mit den *cautionales* und *communes* gemeinsam haben, d. h. ihre Eigenschaft als *praetoriae stipulationes*, besteht nach der Ansicht, welche wir, etwa von der Glosse abgesehen, als die herrschende bezeichnen können, dass die *praetoriae* in L. 5. und L. 1. cit. dieselben seien, darin, dass sie *a praetore mortuo inventae per officium iudicis viventis interponuntur, aditi ob hoc ipsum*. Es liegt hierin ein Zwiefaches, einmal ein Gegensatz gegen die *judiciales*, welche *incidenter* bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreites *officio iudicis mercenario*, wie es heisst, *principaliter non aditi* aufgelegt werden; dann ein positives Moment, die Entstehung aus dem *jus praetorium*, woher auch der Name erklärt wird. Paulus Castrensis (in II. part. Dig. nov. praelect. Lugd. 1552 ad L. 5. D. V. O. fol. 8) lässt sich hierdurch selbst veranlassen, den *praetoriae* die drei andern dort genannten Arten der Stipulationen als *civiles* gegenüber zu stellen. Auch als später die Unterscheidung zwischen den *judiciales* und *praetoriae stip.* richtiger gefasst wurde, ist doch die Ansicht über die Natur unserer Stipulationen unverändert geblieben. Einzelne Autoritäten hierfür aufzuführen, ist völlig überflüssig. Erst die durch Gaius gemachte Bekanntschaft mit den Präjudicialstipulationen hat jene zweite Auffassung veranlasst. Einzig Cujacius drückt sich einmal nicht ganz unzweideutig aus, wenn er sagt: *Illae vero, quae dicuntur judiciales, non petuntur, sed officio praetoris interponuntur futuri iudicii constituendi et confirmandi gratia.* (Comm. ad Tit. de V. O. Tom. I. ad L. 5. de V. O.) Dass er hier aber nicht an die Formgebung für den künftigen Process denkt, zeigen eine Menge anderer Stellen, wo er sich in den bestimmtesten Ausdrücken für die damals herrschende Meinung erklärt. vgl. z. B. Recit. sol. in Lib. 24. Pauli ad Ed. ad L. 1. D. jud. solv.

3) Ueber das bei der *operis novi nuntiatio* einzuhaltende Verfahren Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. N. F. Bd. VIII. p. 26.

4) Die Stipulation u. das einfache Versprechen. Brschw. 1840. §. 9. p. 96.

5) a. a. O. §. 489. p. 594. vgl. auch Bethmann-Hollweg Vers. p. 235.

diese Meinung theilt, u. A. m. Auch Zimmern gehört noch hierher, nach dem gleichfalls diese Stipulation den Zweck einer materiellen Sicherung hat ¹⁾, wogegen er im Allgemeinen die Judicialstipulationen da, „wo ohnehin Actio oder Interdict begründet ist, zur Normirung oder Sicherstellung des Judiciums“ dienen lässt ²⁾, während die *cautionales* gleich einer verheissenen Actio die Sicherung des künftigen Klagerechts bewirken sollen. Einen Mittelweg schlägt Puchta ³⁾ ein, der im Uebrigen die erstere Meinung vertritt, die *cautio judicatum solvi* aber nur durch einen Irrthum der Compilatoren den *judiciales* zugezählt glaubt, während sie in Wahrheit den *cautionales* angehörte, welche Jemandem einen seiner Zeit geltend zu machenden Anspruch geben sollen, deren Absicht aber nicht die Formgebung für einen Rechtsstreit ist. Die dritte Klasse bilde die *stipulatio judicio sisti*, die zwar zur Unterstützung eines anderen Processes, aber nicht als Einleitung dazu diene.

Bleiben wir zunächst noch bei dem Wortlaute der oben mitgetheilten Stelle stehen, so wird es sich vor Allem um die Auslegung des Ausdrucks „*ut ratum fiat*“ (*sc. judicium*) ⁴⁾ handeln. *Ratus* heisst im Allgemeinen so viel wie *firmus*, *probatum* ⁵⁾. In dem Verlauf der Rede kann aber dieser Begriff eine verschiedene Nebenbedeutung erhalten, je nachdem der Zeitpunkt, in welchem derselbe einem Subjecte als Prädicat zukommt, mit der Entstehung des letzteren zusammentrifft oder erst in eine spätere Zeit fällt. Beispiele für den erstgedachten Gebrauch sind in unseren Quellen keineswegs selten ⁶⁾. Selbst „*ratum habere*“, welches sonst ebenso wie *rati-*

1) Geschichte des Röm. Privatrechts bis auf Justinian. Bd. 3. Heidelberg. 1829. §. 65. p. 197.

2) Ebenda §. 87. p. 275.

3) Curs. d. Inst. Bd. II. §. 168. Not. f. §. 157. p. 63. ff.

4) Ein eigenthümlicher Irrthum findet sich hier bei Cujacius (ad L. 5. D. de V. O. op. Tom. I. col. 1163), von wo er denn auch unerachtet des von Donellus dagegen erhobenen Widerspruchs auf Andere übergegangen ist. (vgl. z. B. Borcholten Commentaria in tit. Dig. de V. O. Helmst. 1595. Cap. II. §. 165.) Er findet in den Worten „*ut ratum fiat*“ die Stipulation „*ratam rem haberi*“ wieder und meint, dass ihr auch mit Recht die Stelle unter den *judiciales* gebühre, da ja auch sie den Erfolg des angestellten Judiciums sichern solle. Ihre Erwähnung im §. 2. streicht er als unächt.

5) Siehe Dirksen, Manuale latinitatis fontium juris civ. Rom. Berol. 1839. s. v. *Ratus*.

6) Besonders scharf tritt diese Grundbedeutung von *ratus* hervor in der Formel: *id jus ratumque esto* in Römischen Gesetzen. s. Lex

habitus gewöhnlich in der zweiten jener angegebenen Modificationen vorkommt und uns diese selbst zur geläufigeren gemacht hat, findet sich auch in jener ersten Bedeutung. So bei Gains.

Inst. Lib. II. §. 224. — *cavetur, ut quod quisque de sua re testatus esset, id ratum haberetur*, wo von einer nachfolgenden Genehmigung des Testaments, welches vorher nur eine zweifelhafte Existenz gehabt hätte, natürlich nicht die Rede sein kann. Hiernach wäre es denn nun allerdings möglich, sowohl „*judicium*“ unmittelbar mit „*ratum*“ zu verbinden, „*fiat*“ im prägnanten Sinne zu nehmen und zu übersetzen, „damit ein rechtsbeständiges *Judicium* constituirt werde“, als auch „*ratum*“ von „*judicium*“ zu trennen und zu „*fiat*“ zu ziehen, wo es dann heisst „damit das *Judicium* Erfolg habe.“ Welche von beiden Erklärungen hier vorzuziehen sei, kann nicht lange zweifelhaft bleiben. Die Wortstellung „*propter judicium interponuntur, ut ratum fiat*“ widerstrebt der ersteren durchaus; es wird hier offenbar das „*judicium*“ dem *ratum fieri* gegenüber als das frühere, bereits existierende gedacht. Nach der Wetzellschen Ansicht aber könnte dies ohne Stipulation gar nicht eingeleitet werden, also überhaupt nicht ins Dasein gelangen. Deshalb muss, wer annimmt, dass die Judicialstipulationen wegen des formellen Bestandes des späteren Verfahrens abgeleitet wurden, hier mindestens eine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise des Juristen zugestehen. Immer aber, das ist einzuräumen, dürfte dieser Umstand noch nicht ausreichen, um auf ihn hin ein sicheres Urtheil für die eine oder gegen die andere Meinung zu fällen.

Dagegen scheint das allerdings die Wetzellsche Ansicht zu empfehlen, dass durch sie der Eintheilung der prätorischen Stipulationen ein festes Princip zu Grunde gelegt wird, indem hiernach die *stipulationes judiciales* einen rein formellen — den rechtlichen Bestand des *Judiciums* oder die Formgebung für einen Rechtsstreit, wie Puchta sagt ¹⁾ — die *cautionales* dagegen einen materiellen Zweck und Charakter haben. Wenigstens ist das anzuerkennen, dass sich

Rubr. c. 20. col. 20. cap. 21. col. 21. Im Uebrigen vergl. Gaius Inst. Lib. I. §. 84. II. §. 270^a. L. 65. D. de procurator. 3. 3. L. 1. D. quod met. caus. 4. 2. L. 14. §. 1. D. de interrog. in jure. 11. 1. L. 65. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1. L. 16. §. 1. D. de cond. inst. 28. 6. Auch das „*ratum esse censemus*“ des Citirgesetzes (L. 3. C. Th. de resp. prud.) dürfte diese Bedeutung haben. Vgl. ferner Cic. de leg. III. c. 3. §. 6. c. 12. §. 28. Gell. N. A. XIII. c. 12. §. 2.

1) Curs. d. Inst. a. a. O. p. 149.

diese Auffassung vor anderen z. B. auch der Zimmernschen Darstellung¹⁾ hierin auszeichnet, nach welcher die letzteren „da, wo es auf Sicherung eines künftigen Klagrechts ankam, die Stelle der impetirten Actio insofern vertreten, als auf diesen Grund hin die Anordnung eines Judiciums postulirt werden kann“, jene aber, die *judiciales*, „wo ohnehin Actio oder Interdict begründet ist, zur Normirung oder Sicherstellung des Judiciums dienen.“ Denn das künftige Klagrecht, welches die *cautionales* sichern sollen, ist keinesweges ein solches, wo nicht schon ohnehin Actio oder Interdict begründet sein könnte²⁾, dies ist also nichts den *judiciales* Eigenthümliches. Und selbst in dem Sinne kann jenes Klagrecht nicht „künftig“ genannt werden, als dort nicht schon *actio nata* sein dürfte³⁾. Andererseits wird aber wiederum gerade auf die zur Normirung eines Judiciums interponirten Stipulationen hin die Anordnung desselben gefordert, so dass also auch diese insofern die Stelle der impetirten Actio vertreten.

Allein auch jener Gegensatz von formeller und materieller Begründung, so bestechend er auch erscheinen mag, kann hier doch nicht rein zum Vorschein kommen. Einmal widerspricht ihm die Dreitheilung der prätorischen Stipulationen schon. Es ist aber ferner meist auch da, wo zunächst nur die formelle Einleitung des Rechtsstreits durch Stipulation bewirkt werden soll, wie z. B. im Interdictenprocesse, die materielle Wirkung derselben, d. h. die Verurtheilung zur angelobten Strafe, nicht zu umgehen, und gerade Wetzell erklärt eine Menge von Eigenthümlichkeiten des Vindicationsprocesses aus einer materiellen Einwirkung der *stipulatio judicatum solvi*. Umgekehrt ist aber auch da, wo ein materielles Recht constituit wird, durch die *stipulatio* die Form der *condictio* geboten. Mit einem Worte, dieser Gegensatz ist weniger juristisch als ökonomisch. Dies möchte indessen immerhin noch sein. Was aber am entschiedensten gegen diese Auffassung spricht, ist der Umstand, dass gerade die Stipulationen, in welchen jener bloss formelle Charakter noch am reinsten ausgeprägt ist, und an welche die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht, namentlich aber Puchta, bei der Definition der *judiciales stipulationes* vorzugsweise gedacht haben, wie denn auch Zimmermann sie im Auge gehabt zu haben

1) Rechtsgesch. a. a. O. p. 274 275.

2) vgl. L. 4. pr. D. de act. emt. vend. 19. 1. L. 18. D. de evict. 21. 2. L. 8. D. ut legator. 36. 3. L. 9. D. de novat. 46. 2. al.

3) vgl. L. 5. §. 1. D. ut legat. (36. 3.) und hierzu Cujacius Observ. XV. c. 10. u. Praelect. in Lib. XXVIII. Quaest. Pap. ad h. l.

scheint, wo er von „der Normirung des Judiciums“ spricht, auf einem wesentlich anderen Principe beruhen, als die *praetoriae stipulationes*, von denen die *cautionales* und *judiciales* Unterarten sind.

Es bedarf aber vielleicht noch einiger Worte der Rechtfertigung dafür, dass wir die Präjudicial- und Poenal-Sponsionen, denn diese sind es, an die wir denken, ohne Weiteres hier zusammengestellt haben. Man hat wohl einen specifischen Gegensatz zwischen ihnen zu finden geglaubt ¹⁾, und bis auf die neueste Zeit haben Einzelne, gestützt auf Gaius (Inst. Lib. IV. §. 94), sich zu zeigen bemüht, wie beide nach Zweck, Form und Wirkung verschieden seien ²⁾, obgleich es auch an solchen nicht gefehlt hat, die einen ausschliessenden Gegensatz zwischen ihnen nicht annehmen ³⁾. Allerdings scheint nun der Jurist einen solchen Gegensatz zu statuiren, wenn er sagt:

Non tamen haec summa sponsionis exigitur: nec enim poenalis est, sed praejudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur, unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur.

Ein grosser Theil dieses Scheines verschwindet indessen schon bei einer richtigen Uebersetzung dieser Worte, die man durch die Uebertragung: „denn sie ist keine Poenal-, sondern eine Präjudicial-Sponsion“, unseres Erachtens von vorn herein falsch deutet. Gaius stellt hier nicht zwei Klassen von Sponsionen einander gegenüber, sondern zwei Eigenschaften derselben. Wäre jene Auffassung des Satzes gegründet, so würde man freilich genöthigt sein, das präjudicielle Moment als ein charakteristisches Merkmal der einen Klasse anzusehen, welches ihr also unmöglich mit der anderen gemein sein könnte. Bei unserer Erklärung dagegen steht der Annahme nichts im Wege, dass die Poenalsponsion beide Eigenschaften vereint, und dass es hier nur darauf ankommt, aus dem Mangel der einen für die von Gaius besprochene Sponsion gewisse Folgerungen zu ziehen. Wir würden also die angeführte Stelle etwa folgendermassen wiedergeben: „die Summe, auf welche die Sponsion lautet, wird aber nicht beigetrieben, denn diese ist nicht poenal, sondern präju-

1) Vgl. z. B. Heffter, *Observationes Gaianae* cap. XVII. p. 86. 87. Berol. 1827.

2) Vgl. K. Sell, *die Römische Lehre von den dinglichen Rechten*. Bonn 1852. Thl. I. §. 85. p. 325.

3) z. B. Puchta a. a. O. Bd. II. §. 168. p. 147. 148. Zimmern a. a. O. §. 58. p. 170. Keller, *Der Röm. Civ.-Proc. u. d. Actionen*. Lpzg. 1852. §. 18. p. 79. §. 26. p. 107. ff.

diciell“ u. s. w. Hiermit stimmt denn auch das von Planck ¹⁾ in Betreff des Sprachgebrauchs von *praejudicium* gewonnene Resultat überein, wonach dies Wort nur ein Urtheil, welches befolgt werden kann in ähnlichen Fällen, nicht aber eines, welches befolgt werden muss, bedeutet; damit sei dann erst später der Gedanke an eine rechtskräftige Entscheidung eines ganzen Rechtsverhältnisses verbunden. Dass hier nun nur an eine solche zu denken ist, liegt auf der Hand; es kann also, wenn jenes sprachliche Ergebniss richtig ist, die *sponsio* nicht schon von alten Zeiten her den Namen *praejudicialis* geführt haben ²⁾ und daher auch schwerlich die technische Bezeichnung für jene Stipulationen enthalten. Ja, wir können selbst noch weiter gehen. Durch den weiteren Verlauf der Stelle: „*et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur*“ wird sehr bestimmt angedeutet, dass bei den Poenalsponsionen eben nur noch ein zweites hinzukommt, der Verfall der *poena*, welcher bei den reinen Präjudicialsponsionen nicht statt hat, keinesweges aber, dass der Inhalt des Urtheils ein durchaus anderer sei, so dass man sich sogar geneigt fühlen möchte, das *sed praejudicialis* durch die Worte „sondern nur präjudiciell“ zu übersetzen und auf diese Weise den im Nachsatze enthaltenen Gedanken schon im Vordersatze durchblicken zu lassen, wenn der Sprachgebrauch dies nur erlaubte ³⁾. So würde also schon in dieser Stelle, welche für jene mindestens einseitige Auffassung die Grundlage bildet, der Beweis des Gegentheils geliefert sein. Es giebt nun aber auch eine nicht unbeträchtliche Anzahl positiver Zeugnisse, welche in der Poenalsponsion deutlich genug auf das präjudicielle Element hinweisen. Wir kennen drei Fälle derselben: bei der *pecunia certa credita*, der *pecunia constituta* ⁴⁾ und den Interdicten ⁵⁾. Für den ersten ist beweisend:

Cic. pro Rosc. com. c. 4. §. 12. *Eundemne tu arbitrum et judicem sumebas? eidem et infinitam largitionem*

1) Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht. §. 26. p. 179—194.

2) Auch Heimbach (die Lehre vom Creditum, Lpzg. 1849, p. 598) scheint den Namen für keinen technischen zu halten, wenn er sagt: Recht bezeichnend ist für dieses Sachverhältniss der Ausdruck bei Gaius, welcher von der Sponsio sagt: *non enim etc.*

3) Nur eine Analogie hierfür habe ich bei Gaius gefunden Lib. II. §. 93.: *quia non possidet, sed habet jus utendi et fruendi*, allein auch hier ist doch noch nicht erwiesen, dass der Jurist nun auch wirklich das eine als das *maius*, das andere als das *minus* gedacht habe.

4) s. Gaius Inst. IV. §. 171.

5) *ibid.* §. 141.

remittebas et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas?

ibid. c. 5. §. 14. *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est.*

Nur auf doppeltem Wege sind diese Zeugnisse zu erklären, entweder durch die Annahme, dass ähnlich wie bei dem Verfahren in der *legis actio sacramento* das Judicat überhaupt bloss in der Sponsionsformula, oder dass es zunächst in dieser und dann folgeweise in der auf die eigentliche Schuld gerichteten Hauptformel ausgesprochen worden sei. Das, worauf es uns hier ankommt, dass jene Poenalsponsion zugleich eine präjudicielle gewesen sei, ist in beiden Fällen gleicherweise dargethan. Uebrigens darf man wohl mit Keller ¹⁾ jenes für die ältere Form dieses Verfahrens, dieses für die spätere Gestaltung desselben halten, welche aber schon zu Cicero's Zeit in Uebung war, wie dies aus folgenden Worten eben dieser Rede hervorgeht:

c. 4. §. 11. *Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex. Si paret H. S. 1000. dari oportere* ²⁾.

In Betreff der *pecunia constituta* haben wir zwar directe derartige Zeugnisse nicht; es ist aber wohl unbedenklich, dass das Verfahren bei der desfallsigen Klage dem bei der *pecunia certa credita* eingehaltenen ganz analog gewesen ist ³⁾. Diese Verbindung des präjudiciellen und pönalen Charakters findet sich nämlich schon in dem alten Sacrament, an dessen Stelle zunächst die *sponsio* bei der *pecunia certa credita* getreten, und der dann die *actio pecuniae constitutae* mit dem ihr eigenthümlichen Verfahren nachgebildet ist ⁴⁾. Sehr bestimmt redende Beweisstellen haben wir nun aber wieder für die bei den Interdicten zu leistenden Sponsionen:

Quintil. Inst. or. VII. c. 5. §. 3. *Ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiam si non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis.*

Cic. pro Caec. c. 8. §. 23. *Restituisse se dixit, sponsio facta est, hac de sponsione vobis judicandum est.*

Cic. pro Tull. 53. *Tu aut per arbitrum restituas, aut sponsione condemneris necesse est.*

1) a. a. O. §. 25. p. 102. §. 29. p. 120. 121.

2) Vgl. überhaupt Heimbach a. a. O. p. 599. 600., wo auch die abweichende Meinung Zimmerns beleuchtet wird, und Huschke in Richter und Schneider krit. Jahrb. Bd. VII. p. 487.

3) Vergl. darüber Gaius Inst. Lib. IV. §. 171.

4) Darüber s. unten p. 20.

Auch aus den freilich uns nur unvollständig erhaltenen Worten bei Gaius (Lib. IV. §. 165) lässt sich doch der ganzen Anlage des Satzbaues ¹⁾ nach noch deutlich ansehen, wie ursprünglich die präjudicielle Natur dieser Sponsion betont werden sollte, wogegen im §. 166. ib. mehr der innere dialectische Vorgang bei dem Acte des Urtheilfindens dargestellt wird. Hiernach glauben wir es denn als erwiesen annehmen zu können, dass die Poenal- und die Präjudicialsponsionen ihrer inneren Natur nach nicht so gar weit aus einander liegen; was also für die letzteren gilt, wird auch auf jene seine Anwendung finden, so weit nicht die pönale Natur dem entgegen ist, und so sind wir denn auch berechtigt, beide Klassen vereinigt zu betrachten und die gewonnenen Resultate nur noch in Betreff jenes pönalen Zusatzes einer abermaligen Prüfung zu unterziehen.

Unsere Behauptung war nun also die, dass die genannten beiden Klassen den prätorischen Stipulationen überhaupt nicht zuzurechnen seien, dass es deswegen von vorn herein als ein verfehltes Beginnen betrachtet werden müsse, wenn man bei der Begriffsbestimmung der Judicialstipulationen von der Bedeutung der Präjudicial- und Poenalsponsionen ausgeht und diese auch dort wiederzufinden sucht, statt sich unbefangen an das in den Quellen selbst niedergelegte Material zu halten. Hiefür sind wir nach dieser Abschweifung den Beweis zu liefern schuldig.

Dass der Name der prätorischen Stipulationen daher rühre, weil sie prätorischen Ursprungs sind und dem Edict ihre Entstehung verdanken, ganz ebenso, wie für die Bezeichnung gewisser Obligationen als prätorischer dieser Umstand massgebend geworden ist ²⁾, dies unterliegt wohl keinem Zweifel ³⁾. Handelt doch einer der fünf Haupttheile des Edictes ausschliesslich von ihnen ⁴⁾. Sie müssen also,

1) *sed actor sponsionis formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit ect.* — Fernere Beweisstellen s. bei Heimbach a. a. O. p. 597. Not. 1.

2) §. 1. J. de obligat. III. 14. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. Daher die Bezeichnung aller andern Stipulationen als *civiles* (s. oben p. 10. Not. 2) oder die Herleitung der Judicialstipulationen in L. 5. D. de V. O. von den *leges* (gl. *sed illam ad pr. J. de divis. stip.*) oder den *alii jurisprudentes*. (gl. *ad v. praetoriae L. 1. pr. D. de V. O.*)

3) Indessen ist doch auch dies geläugnet worden, z. B. von Langebeck a. a. O. col. 568 i. f. Dieser Irrthum rührt indessen doch nur daher, dass er die praet. stip. der L. 5. cit. und der L. 1. D. de stip. praet. unterscheiden zu müssen glaubt.

4) Leist, Versuch einer Geschichte der Römischen Rechtssysteme. Rostock und Schwerin 1850. §. 6. p. 24—28. §. 8. p. 31. 32.

wie das ganze *jus praetorium*, auf das Imperium dieses Magistrats sich gründen. Es ist indessen durchaus nicht Alles, was im Edicte seinen Platz gefunden hat, schon darum als Ausfluss dieses Imperiums zu betrachten. Vieles, was dem strengen Civilrecht angehörte, wurde, wie z. B. die Legisactionen ¹⁾, sofern es nur überhaupt in den Kreis des Actionenrechtes fiel, um es jedem jederzeit zugänglich zu machen, auf dem Forum im Edicte proponirt. Wenn sich also auch wirklich die gesammten Poenal- und Praejudicialsponsionen im Edicte vorfinden, so folgt daraus noch nicht, dass sie zu den praetorischen Stipulationen zu rechnen sind. Es ist im Gegentheil für eine Anzahl derselben die Einführung durch Gesetze ausdrücklich bezeugt. So ist der Geldbetrag der Sponsion, welche, um eine *rei vindicatio* vor das Centumviral-Gericht zu bringen, abgeschlossen wurde, nach Gaius Bericht ²⁾ durch ein Gesetz geregelt, dessen Name freilich in dem Manuscripte nicht mehr zu entziffern war. So ist ferner die Poenalstipulation eines Drittheils bei der Klage auf eine *certa pecunia credita*, wie allgemein ³⁾ angenommen wird, eine Bestimmung der *Lex Silia*, was zugleich eine positive Bestätigung noch darin findet, dass Cicero ⁴⁾ dieselbe eine „*sponsio legitimae partis*“ nennt. Diese Sponsionen waren nun alle in das Edict hinübergenommen, was nicht nur aus ihrer Erwähnung im vierten Buche der Gaianischen Institutionen, sondern für die *sponsio tertiae partis* auch noch aus dem ausdrücklichen Zeugnisse dieses Juristen ⁵⁾ hervorgeht.

Ein Bedenken darüber, ob nicht doch schon die blosse Aufnahme in das Edict den Namen der „*praetoria stipulatio*“ rechtfertige ⁶⁾, könnte eine Stelle aus den Sentenzen des Paullus erregen.

Lib. V. tit. 9. §. 2. *Ex die accepti judicii dupli fructus*

1) Leist a. a. O. p. 20.

2) Inst. Lib. IV. §. 95.

3) S. z. B. Zimmern a. a. O. §. 58. p. 170. Huschke a. a. O. Bd. VII. p. 487. v. Savigny, System des heut. Röm. Rechts. Bd. V. Beil. XIV. No. XXXII. p. 611. Puchta, Instit. Bd. II. §. 162. p. 90. Not. e. Heimbach a. a. O. p. 602. Keller a. a. O. §. 18. p. 78. 79. u. a.

4) Orat. pro Rosc. comoed. c. 4. init.

5) Inst. Lib. IV. §. 171.

6) Auf diese Weise sucht es auch die Glosse zu begründen, wenn sie die gesammten Stipulationen mit Ausnahme der *conventionales* (vgl. oben p. 2. Not. 1.) für *praetoriae* im weiteren Sinne erklärt. *Secundo dicitur praetoria omnis illa, quae ab initio etiam exigitur, sive sit praetoria inventione, sive civilis, sive quocunque modo inventa, ex eo scil. quod praetor approbat. argum. Tit. de V. S. leg. lege. (L. 130.)*

computantur; et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores, cognitorumque personae itemque sponsores eadem stipulatione comprehenduntur.

Die Ueberschrift dieses Titels lautet: „*de stipulationibus*“ oder nach anderen, namentlich auch der 1599 zu Orleans erschienenen Ausgabe ¹⁾: „*de stipulationibus praetoriis*“ eine Variante, die auch Cujacius in seiner Pariser Ausgabe von 1558 anmerkt. Jedenfalls ist es unzweifelhaft, dass sich der Inhalt dieses Titels nur auf die prätorischen Stipulationen bezieht. Die Verpflichtung zur Restitution der doppelten Früchte ist nun bereits im Zwölftafelgesetz enthalten ²⁾. Nichts desto weniger wird die derselben untergelegte Stipulation eine prätorische genannt. In gleicher Weise, könnte man nun meinen, müsse dieser Name auch den Präjudicialsponsionen trotz ihres etwaigen civilrechtlichen Ursprungs zugestanden werden. Allein die Sache liegt hier doch etwas anders. In dem alten legitimen Verfahren war eine Stipulation wie die von Paullus erwähnte nicht geboten; es wurden für Streitobject und Früchte *praedes* gestellt ³⁾. Mag nun auch nebenher noch von dem, der die Vindicien erhalten hatte, eine dahin gehende Verpflichtung übernommen sein, gewiss musste sie nach Inhalt wie Form der der *praedes* analog sein, also gleichfalls in einem Einsetzen der eignen Person, wie sich dies in dem „*praes sum*“ ausspricht, nicht blos in der Uebernahme einer Handlung, wie diese in dem *dare* oder *facere spondes?* liegt, bestehen ⁴⁾. Und so kann denn jene Stipulation, nach Wetzells Erklärung ⁵⁾ die *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, obgleich sie denselben materiellen Inhalt hatte, d. h. sich auf ein gleiches Object bezog, wie die von den *praedes* und etwa auch ihrem Besteller eingegangene Verbindlichkeit, dennoch mit vollem Recht eine prätorische genannt werden, ohne zu dem Schlusse zu berechtigen, dass jede von dem Prätor aus dem Civilrecht in das Edict aufgenommene Bestimmung darum schon mit dem Namen *praetoria* be-

1) s. die Ausgabe von Arndts J. Paulli recept. sentent. Lib. V. Bonnae 1833. ad h. l. p. 150. Not. 1.

2) vgl. Festus s. v. Vindiciae. Wetzell a. a. O. p. 31. ff. Keller Civ.-Proc. §. 7. p. 31. Not. 109.

3) Gaius, Inst. IV. §. 16.

4) vgl. über diese Art der alten publicistischen Verpflichtung und ihr Verhältniss zum Legisactionenprocesse: Huschke, Ueber das Recht des Nexum. Lpzg. 1846. p. 51. 75. Not. 92.

5) Wetzell a. a. O. p. 34. 37. 78.

zeichnet werden dürfe, indem ja auch hier die Art der Obligation, die Stipulation, etwas ausschliesslich vom Praetor neu eingeführtes war ¹⁾).

So gehört also jedenfalls ein Theil der Präjudicial- und Poenal-sponsionen den prätorischen Stipulationen nicht an, und es fragt sich nun nur noch, ob diejenigen, welche wie z. B. die zur Einleitung der Interdicte dienenden Sponsionen oder die *sponsio partis dimidia* bei der *actio pecuniae constitutae*, welche erweislich durch das prätorische Recht eingeführt sind, mit unter die technische Bezeichnung der „prätorischen Stipulationen“ fallen. Wir haben mithin zweierlei zu unterscheiden; einmal die historische Bedeutung jenes Ausdrucks, dann den damit verbundenen technischen Sinn, der sich also dem ursprünglichen gegenüber, um überhaupt zu einem selbstständigen Dasein zu gelangen, irgendwie in seinem Umfange verändert haben müsste. Für die Existenz einer solchen zweiten Bedeutung spricht nun schon der Umstand, dass in L. 5. D. de V. O. der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Stipulationen nicht als ein historisch abgeschlossener, sondern als ein in seinen Ursachen noch gegenwärtig fortdauernder, als systematischer erscheint ²⁾).

1) vgl. in Betreff der in das prätorische Recht hinübergewonnenen Verpflichtung zur Restitution der *dupli fructus*. Heffter, Obs. Gaian. XXIV. p. 115. Huschke, Studien d. Röm. Rechts. Breslau 1830. p. 333.

2) Dass beide Momente bereits in der Glosse ihre Beachtung gefunden haben, ist schon oben (p. 10. Not. 2.) erwähnt; nur wurden dort dieselben als gleichzeitig neben einander hergehende aufgefasst, was zum grossen Theil seine Erklärung darin findet, dass es an der richtigen Erkenntniss des Gegensatzes zwischen *jus* und *judicium* durchaus gebrach und daher auch der zwischen *stip. praet.* und *jud.* in etwas Aeusserlichem und Unwesentlichem gesucht wurde. Das Gefühl der Mangelhaftigkeit der oben bereits mitgetheilten Definitionen von den *stip. praet.* und *jud.* als solchen, welche principaliter oder incidenter erbeten würden, führte dann zu ferneren Versuchen, über welche sich Nachweisungen finden in Gl. Cum principaliter ad L. 5 pr. D. de V. O. und den von Baudouin hierzu gegebenen Randbemerkungen, wie bei Nicasius Super Institutionibus. Lectura Lipsiae 1541. ad Tit. Inst. de stip. divis. (III. 18.) fol. 171. 172. Hier erscheint auch die Ableitung der *stip. praetoriae* aus dem *jus praetorium* nochmals als eine der eben angegebenen systematischen Unterscheidung entgegenstehende, während schon in der Glosse beide als sich gegenseitig ergänzend in einer Definition vereinigt sind. Auch hat man später, als in dem Gegensatze des *judex datus* und *jus dicens* schon die Grundlage der Sonderung der *stip. jud.* und *praet.* gefunden war, dennoch daneben das

Wird aber hierdurch das so eben erst gewonnene Resultat nicht wieder vollständig ungewiss? Wir glauben kaum. Hält man nur daran fest, dass dieser systematische Unterschied ein aus jenen geschichtlichen Zuständen abgeleiteter ist, und das Folgende wird hierfür noch weitere Beweise liefern, so kann schon um deswillen die zweite Bedeutung jener Worte nicht Dinge umfassen, welche in einem direkten Gegensatze gegen den früheren Sinn derselben stehen würden.

Es handelt sich also hier um Darlegung einer Terminologie. Da in deren Feststellung eher eine gewisse Willkürlichkeit Platz greift, als in der nothwendigen Entwicklung materieller Rechtsnormen, so ist sie auch zunächst als ein Gegebenes und Fertiges zu betrachten, und wir werden deshalb wohl thun, von den Quellen selbst auszugehen, in denen sich dieselbe bereits abgeschlossen vorfindet. Hierdurch wird denn auch bei weitem sicherer das jener Terminologie zu Grunde liegende Princip gefunden werden können, als wenn man dieses auf dem Wege apriorischer Konstruktion zu verfolgen sucht. Wir vermeiden es deshalb auch, das einzige der uns erhaltenen Quellenzeugnisse, welches sich direkt mit einer Definition der prätorischen Stipulationen beschäftigt, die vielgenannte L. 5. D. de V. O. an die Spitze unserer desfallsigen Untersuchung zu stellen, indem diese dann auch wieder ausschliesslich auf die Erklärung des mehrdeutigen Ausdrucks „*officium praetoris*“ zurückkehren müsste, wobei dann abermals die historische Konstruktion in den Vordergrund treten würde. Vielmehr ziehen wir es vor, aus den mehr beiläufig über die Natur unserer Stipulationen gemachten Aeusserungen, die aber doch bei weitem concretere Andeutungen geben, unser Resultat zu ziehen und uns dann zu fragen, wie jene allgemeineren Zeugnisse sich zu demselben verhalten.

Eine recht deutliche Hinweisung auf das Wesen der prätorischen Stipulation enthält

L. 4. D. de jurid. (2. 1.) *Jubere caveri praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, imperii magis est, quam jurisdictionis.* (Ulp. Lib. 1. ad Ed.)

Verhältniss der *stip. praet.* zum Edict nicht übersehen, wenn auch vielleicht manchmal das eine, manchmal das andere mehr hervorgehoben ward, und im Allgemeinen die *stip. praet.* und die *ex edicto jubente praet. interpositae* für völlig gleichen Umfangs galten (vergl. z. B. Cujac. in tit. D. de V. O. ad L. 5. l. 1. Borcholten l. l. c. II. §. 157. p. 137. etc.). Voet (Comment. ad Pand. ad tit. de stip. pr. Colon. Allobrog. 1757. Tom. II. p. 799. 800.) macht zwar einen solchen Unterschied, aber zu einem völlig falschen Zweck. Rein äusserlich ist die Auffassung von Glück, Commentar Bd. III. Erlang. 1806. p. 432.

wo die cautionelle Funktion als ihnen eigenthümlich hervorgehoben wird. Dieser Grundgedanke findet sich in anderer Form wieder in L. 1. §. 4. D. de stip. praet. (46. 5.) *Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.* (Ulp. Lib. 70. ad Ed.)

Beide Fragmente erklären sich gegenseitig; das erstere spricht ausdrücklich von den prätorischen Stipulationen, das letztere verallgemeinert das von ihnen dort Gesagte und führt den Begriff des „*cavere*“ etwas weiter aus. Dieser will nun aber auf die Poenal- und Präjudicial-Sponsionen gar nicht passen, die im Gegentheil ganz andere Zwecke als das „*cavere*“ verfolgen, und daher also von den prätorischen Stipulationen wohl auseinander zu halten sind. Dennoch erregt diese Stelle mehrfache Bedenken, die dadurch nur noch gesteigert werden, dass diese Auffassung der eigenthümlichen Natur der Stipulationen auch an anderen Orten wiederkehrt. So namentlich ¹⁾ in

Paull. rec. sent. Lib. V. tit. 7. §. 1. *Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt.*

Einmal nämlich wird allen ohne Unterschied der Endzweck untergelegt, sie seien dazu da, die Obligationen zu verfestigen, dem Stipulator eine grössere Sicherheit — das heisst doch wohl eine grössere, als er vorher hatte, oder ohne dies haben würde — zu gewähren. Es wäre ihnen also damit jede selbstständige Bedeutung abgesprochen. Dann aber würden auch die Präjudicial- und Poenalsipulationen gleichfalls diesen cautionellen Charakter an sich tragen, von dem wir so eben behauptet haben, dass er ihnen durchaus fremd sei. — Die Frage, worin nun jene cautionelle Function gefunden werden müsse, mit deren Beantwortung unmittelbar auch die Beseitigung der hier angeregten Zweifel zusammenhängt, hat man nun in sehr verschiedener Weise zu lösen versucht. Im Mittelalter war man geneigt, die durch die Stipulation zu gewährende grössere Sicherheit, in die ihre Abfassung begleitenden Umstände, die grössere Solennität, oder gar in die Bürgschaftsstellung zu legen, welche man, weil sie bei den *stip. necessariae* regelmässig eintrat, auch bei den

1) Vergl. noch L. 5. D. de V. O. §. 3. J. de divis. stip. — Paull. rec. sent. Lib. II. tit. 22. §. 1., die Liebe a. a. O. p. 68. gleichfalls hierher rechnet, hat schon eine bestimmtere Beziehung.

conventionales stillschweigend voraussetzen zu können glaubte ¹⁾. Späterhin ward die Ansicht des Cujacius herrschend ²⁾, nach welcher die Stipulation vermöge ihrer Natur als Formalcontract immer nur als die Hülle erscheine, in welcher dann materiell irgend ein anderer Contract verborgen liege, der dadurch der Vortheile eines Formalcontractes ³⁾ theilhaftig werde. In sofern könne also gesagt werden, die Stipulation trete als Bestärkungsmittel zu anderen Obligationen hinzu. Allein schon von mehreren Seiten ist von neueren Erklärern ⁴⁾ hiergegen bemerkt worden, wie durch eine Auffassung der Art eben nur die eine Seite der Natur der Stipulationen hervorgehoben werde, die sie zur Aufnahme jedes beliebigen Inhaltes geschickt mache, während die andere in dem selbstständigen Erzeugen einer Obligation streng civilen Charakters bestehe. Cujacius fehlt also darin, dass er jenen Stellen eine zu grosse Tragweite beilegt, welche eben auch nur jene eine Seite der Stipulationen hervorheben wollen, ohne damit zu sagen, dass dies die einzige sei, von der aus sie betrachtet werden könnten. Wie verträgt sich aber damit die scheinbar allgemeine Fassung jener Fragmente? Der Gedankengang Ulpians in L. 1. §. 4. cit. dürfte nun etwa folgender sein.

1) vgl. Paulus Castrensis ad L. 1. §. 4. de stip. praet.

2) Die literarischen Nachweisungen vgl. bei Liebe a. a. O. p. 68 ff. Die Zahl der dort genannten Autoren liesse sich mit geringer Mühe noch bedeutend vermehren, z. B. H. Vultej, Comm. ad Inst. ad tit. de divis. stip. p. 476. ed. IV. A. Schulting, Juris prudentia vetus Antejust. Lugd. Bat. 1717. ad loc. cit. Paulli p. 464. Not. 2. Heineccius, Antiquitatum Rom. syntagma Lib. III. Tit. 16—20. No. 18. p. 569. ed. Haubold. Francof. a. M. 1822. S. de Cocceji, Jus controversum, ad Tit. de V. O. Quaest. II. p. 559. Francof. et Lips. 1729. Pothier l. l. ad Tit. de V. O. Pars II. sect. 1. art. 1. Not. 1. 2. p. 187. Natürlich kann es unsere Absicht nicht sein, hier eine vollständige Dogmengeschichte dieser Frage zu geben. Nur zwei Versuche, dieselbe zu umgehen, mögen hier noch erwähnt werden. Beide entspringen aus einer gesonderten Betrachtung jener Fragmente. Der eine findet sich bei Voet a. a. O. No. 4., wo unter den *omnes stipulationes* nur die *praetoriae* und ihre einzelnen Arten verstanden werden. Der andere bei Heimbach a. a. O. p. 296., wo das *obligationes firmare* der zweiten Stelle von einer Befestigung der Verbindlichkeit erklärt wird, welche jetzt erst entstehen soll. Die Unhaltbarkeit dieser Versuche ergibt sich von selbst, sobald man nur die beiden Quellenzeugnisse neben einander hält.

3) vgl. Schulting ad l. l. Paulli (V. 7. §. 2.) Not. 5. p. 565.

4) So Liebe a. a. O. §. 6. p. 66. ff. v. Savigny, System. Bd. V. p. 482. Heimbach a. a. O. p. 288—297.

„Die prätorischen Stipulationen sind Cautionen, welche je nach den verschiedenen Zwecken, die sie verfolgen, in drei Klassen zerfallen. Indessen ist das wohl zu beachten, dass sie sich durch diese cautionelle Function nicht von allen übrigen Stipulationen wesentlich unterscheiden, da diese vielmehr dem inneren Wesen der Stipulation nach allen Arten gemeinsam ist, sofern es sich nämlich darum handelt, Jemanden durch Ableistung derselben sicher zu stellen.“ Das „*cautionales esse*“ fassen wir also nicht als die Bezeichnung des Zweckes auf, den jede einzelne concrete Stipulation verfolge, sondern als eine dem ganzen Rechtsinstitute beigelegte Eigenschaft, welche dann in jedem einzelnen Falle hervortreten kann, nicht aber nothwendiger Weise muss. Noch mehr tritt in der aus den Sentenzen des Paullus genommenen Stelle hervor, dass die ihnen dort zugeschriebene Function eine bloß potestative sei. Man habe, sagt er, diese Bestimmung der Stipulationen bei ihrer Einführung schon im Auge gehabt und ihnen sogar den Namen um deswillen gegeben. Auf die Richtigkeit dieser historischen Notiz an sich werden wir nicht viel geben — die etymologische ist überdies erweislich falsch ¹⁾ — und nur dadurch wird sie bedeutend, dass an einer Stelle, welche im Allgemeinen von den Obligationen handelt, nur dieser einen Richtung der Stipulationen Erwähnung geschieht. Könnten wir nun einen speciellen Grund auffinden, der eine solche ausschliessliche Bezugnahme veranlasst hätte, so würde damit auch das erhobene Bedenken sich von selbst beseitigen. Ein solcher ist denn auch wirklich bereits gefunden. Mit glücklichem Blicke hat Leist ²⁾ bemerkt, dass der Titel „*de obligationibus*“ in den Sentenzen nur eine Einleitung zu dem „*de stipulationibus*“ (V. 9.) bildet; dass also auch an unserer Stelle eine besondere Beziehung auf die prätorischen Stipulationen im Hintergrunde gelegen hat, folgt hieraus von selbst. Und so liefern denn die mitgetheilten Fragmente, wie wir bereits oben behaupteten, nur dafür einen Beweis, dass die prätorischen Stipulationen Cautionen sind, die Poenal- und Präjudicial-Sponsionen aber, in denen gerade das cautionelle Moment, soweit es überhaupt der Natur der Stipulationen eigen ist, vorzugsweise zurücktritt ³⁾, nicht zu ihnen gezählt werden dürfen. Oder wäre es nicht eine auffal-

1) v. Savigny, System. Bd. V. Beil. XIV. N. X. p. 538. Heimbach a. a. O. p. 294. 295. A. M. Huschke R. d. Nexum p. 100. und in der das. Not. 125. citirten Stelle.

2) a. a. O. §. 18. p. 84. Not. 9. vergl. auch v. Savigny, Recht des Bes. Giessen 1837. §. 6. p. 34. Not. 1.

3) vgl. Heimbach a. a. O. p. 293.

lende Erscheinung, wenn Ulpian, unerachtet dass beide Functionen in den verschiedenen Arten der prätorischen Stipulationen sich vorgefunden hätten, doch nur zur Abstraction der einen aus ihnen allen gekommen wäre? Und müsste es nicht doppelt auffallend werden, wenn sich ganz dasselbe bei Paullus am angeführten Orte und bei Pomponius in der L. 5. D. de V. O. wiederholt, deren Beziehung zu jenen Stipulationen ja offenbar ist? Ist nicht vielmehr umgekehrt durch den Umstand, dass alle Stellen, an denen diese eine Seite der Stipulationen besonders betont wird, mit der Lehre von den „*praetoriae stipulationes*“ in engem Zusammenhange stehen, der Schluss nahe genug gelegt, dass eben jene eine Seite in ihnen sich ausschliesslich gezeigt habe?

Eine blosser Folge hiervon, aber auch wieder der stärkste Beweis dafür ist die mit jenen Stipulationen verbundene *satisfactio*. Welchen Sinn könnte diese wohl für die reinen Präjudicialsponsionen haben, aus denen die Sponsionssumme ja gar nicht einmal eingetrieben wurde ¹⁾. Und doch ist bei den prätorischen Stipulationen die Bürgschaftsbestellung die nur in höchst seltenen Fällen verlassene Regel.

L. 1. §. 5. de stip. praet. (46. 5.) *Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt, quae satisfactionem exigunt, quaedam, quae nudam repromissionem; sed per paucae sunt, quae nudam repromissionem habent, quibus enumeratis apparebit, caeteras non esse repromissiones, sed satisfactiones.* (Ulp. Lib. 70. ad Ed.)

Und nun werden dann diese drei: die *stipulatio ex operis novi nuntiatione*, *damni infecti causa*, beide aber nur bei einem *opus in loco* oder *flumine publico factum* und die *stipulatio duplae* als Ausnahmefälle aufgeführt. Freilich könnte die Erwähnung der Präjudicialsponsionen als einer im Justinianeischen Rechte unpraktischen Materie von den Compilatoren gestrichen sein; allein die ganze Ausdrucksweise Ulpians, die keine Spur einer späteren Veränderung an sich trägt, und namentlich die Schlussworte des oben mitgetheilten Bruchstücks würden wenig passend erscheinen, wenn eine ganze Klasse der prätorischen Stipulationen der allgemeinen Regel nicht unterworfen gewesen wäre. Wir werden also auch um deswillen die Präjudicialsponsionen von ihnen zu sondern haben. Ein weiterer Grund für diese Annahme ist endlich noch

L. 2. D. de stip. praet. (46. 5.) *Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem.* (Paull. Lib. 73. ad Ed.)

1) Gaius Inst. Lib. IV. §. 93, 94.

Die Präjudicial- und Poenalsponsionen enthalten aber ihrem Zweck entsprechend eine *certa quantitas*, wie dies für die meisten der uns bekannten ausdrücklich bezeugt ist ¹⁾).

Sonach haben wir denn aus der Betrachtung einer ganzen Reihe von positiven Quellenzeugnissen das Resultat erlangt, dass nach der bei den Römischen Juristen festgestellten Terminologie die Präjudicial- und Poenalsponsionen unter den prätorischen Stipulationen nicht begriffen sind. Wir müssen uns nun aber auch des zwischen beiden bestehenden systematischen Gegensatzes bewusst werden; mit anderen Worten, wir kommen nunmehr wieder auf die bereits im Eingange dieser Erörterung berührte Frage zurück, ob denn die Präjudicial- und Poenalsponsionen etwa weniger auf dem prätorischen Imperium beruhen, als die Cautionen, welche uns unter jenem Namen aufgezählt werden. Und dies ist denn allerdings der Fall. Hier ist es denn nun auch, wo die in L. 5. D. de V. O. gegebene Definition, die prätorischen Stipulationen seien diejenigen, „*quae a mero praetoris officio proficiscuntur*“ wieder in ihre Rechte tritt, und die Grundlage unserer fernern Untersuchung abgeben muss. Zwar bezeichnet „*merum praetoris officium*“ zunächst nicht das Imperium, sondern den ganzen Umfang der magistratualischen Gewalt ²⁾, welche hier in dem bestimmten Gegensatze gegen die des *judex privatus* gedacht wird, so dass also Pomponius auch an dieser Stelle weniger eine Definition der einzelnen Klassen der Stipulationen giebt, als nur ein einzelnes sie gegenseitig unterscheidendes Moment heraushebt, indem er im Uebrigen den Begriff derselben als bekannt voraussetzt. Dass aber der Sache nach bei dem *officium praetoris* hier nur an das Imperium, und zwar an das *imperium mixtum* gedacht werden kann, folgt schon aus dem Umstande, dass jene Stipulationen, wie wir eben bewiesen haben, Cautionen sind. Der Begriff des Imperiums ist dem der Jurisdictio entgegengesetzt. Der letztere kommt nun aber bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne vor. In jenem umfasst er „alle Handlungen des Prätors, durch welche dieser in Privatrechtsverhältnisse ordnend eingreift“ ³⁾, also ebensowohl die *bonorum possessiones*, *in integrum*

1) vgl. Gaius Inst. IV. §. 93. 95. 166. 171. Cic. in Verr. Act. II. Lib. 3. cap. 58. i. f. Lib. 5. c. 54. auch noch Val. Max. II. 8. 2. und dazu v. Savigny, System. Bd. V. Beil. XIII. p. 483. Not. 6.

2) L. 1. D. de jurisdict. (2. 1.) Daher bei Theophilus die Uebersetzung des Wortes *officium* durch *δικαιοδοσία*.

3) vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civ.-Processes Abtheil. I. Bd. 1. Bonn 1834. §. 3. p. 38. und die dort Not. 10—13. angeführten Beweisstellen. Keller a. a. O. §. 2. p. 7. ff.

restitutio, Auferlegung von Cautionen u. s. w. als das *judicare* und *judicari jubere*; im engeren Sinne aber nur das letztere, dem dann jene ersteren Attribute prätorischer Amtsgewalt unter dem Namen des *imperium mixtum*¹⁾ gegenübertreten. Dies ist es, von dem wir hier reden. An die Criminalgewalt, so wie an die dem Prätor vermöge specieller Bestimmung übertragenen, und insofern zu seinem *officium* gehörenden, nicht aber schon *jure magistratus* zustehenden Befugnisse, wie die *tutoris datio* etc. wird ohnehin Niemand denken. Es sind dies alles Begriffe, die in älterer Zeit vielfach missverstanden²⁾ und erst durch neuere Forschungen festgestellt, jetzt aber auch vollständig geläufig geworden sind. Minder sicher sind dagegen noch die Grenzen, welche im Einzelnen *jurisdictio* und *imperium mixtum* scheiden³⁾. Mindestens wird unseres Erachtens gemeiniglich der Umfang der ersteren zu eng gesteckt. Auch sie ist ohne ein Zwangsrecht nicht zu denken.

L. 2. D. de jurid. (2. 1.) *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.* (Javol. Lib. VI. ex Cassio.)

Der Römische Richter — der Magistrat wie der *Judex privatus* — ist im Unterschiede von den deutschen Schöffen Staatsbeamter, er hat von vorne herein die Rechtsanwendung zur Aufgabe, nicht die Rechtsfindung⁴⁾; er hat einen unmittelbar praktischen Zweck, jener zunächst nur einen theoretischen. Daher ist denn nothwendig mit der *Jurisdictio* auch die Befugniss verbunden, Alles das anzuordnen, was zur Erreichung jenes Endzwecks, der Erzielung einer Sentenz erforderlich ist. Hierzu gehört nun vor Allem die Formgebung für den Rechtsstreit⁵⁾. Dass dieser keine der Parteien widerstreben darf, ja, dass eine jede um deswillen zu positiven Handlungen wie z. B. zur Eingehung von Sponsionen angehalten werden kann, liegt

1) L. 1. L. 5. §. 1. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.)

2) Einiges darüber s. unten p. 28. Not. 2. p. 29. Not. 2. p. 30. Not. 2.

3) Dass überhaupt eine scharfe Grenze zwischen *jus dicere* und *imperare* gezogen werden könne, läugnet Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 3. p. 39. Not. 14.

4) vgl. Planck, die Lehre vom Beweisurtheil. Göttingen 1848. §. 11. p. 93—97.

5) Eben darum ist auch die Ertheilung der Formel, selbst in den Fällen, wo der Prätor nur aus eigener Machtvollkommenheit die Anordnung eines *Judiciums* verspricht, eine Art der *Jurisdictio*. Das *Imperium* tritt erst darin zu Tage, dass er dann die Partheien nöthigt, auf eine solche Formel hin die *Litiscontestatio* vorzunehmen.

freilich nicht minder in ihrem eigenen Interesse, ebenso sehr aber auch in dem des Staates, sofern es ihm nämlich überhaupt auf die Aufrechterhaltung rechtlicher Zustände ankommen muss. Ein solches Zwangsrecht ist die Voraussetzung alles Urtheilens, daher mit der Verpflichtung zu urtheilen auch unmittelbar gegeben. Hierüber gehen zwar die Poenalsponsionen noch einen Schritt hinaus; die *poena* ist *in abstracto* kein absolut nothwendiger Bestandtheil des Verfahrens; immer aber wird durch sie das subjective Recht als solches nicht berührt, vielmehr erscheint die Verpflichtung zur Succumbenzstrafe doch noch als ein Bestandtheil, als eine natürliche Folge des von den Parteien eingeschlagenen Processganges und muss deshalb auch von beiden Seiten gleichmässig übernommen werden. Ueber diesen Zweck, die Herbeiführung eines Spruches über das subjective Recht, sind andererseits auch die Grenzen dieser jurisdictionellen Gewalt nicht auszudehnen. Es gehört dahin namentlich nicht mehr die Execution des Urtheils, die lediglich vermöge des Imperiums dem Magistrate zusteht¹⁾. Ueberhaupt muss von dem hier dargestellten Zwangsrecht durchaus die Befugniss, ein bestimmtes Zwangsmittel zu üben, unterschieden werden²⁾. Auf die letztere und nur auf diese bezieht sich

1) In Betreff der personalen Ductio behauptet das Gegentheil Keller Civ. Pr. p. 360. Für die alte civile Ductio ist dieser Streit jedenfalls resultatlos, da sie ja bei der Scheidung von Jurisdictio und Imperium längst verschwunden war. Für die spätere Zeit ist aber das Gegentheil zu behaupten, sofern die Ductio hier mehr nur als Theil des *bona possidere* zu betrachten ist. vgl. Huschke, R. d. N. p. 149. Note 208.

2) Fast scheint es, als ob eine solche Unterscheidung zwischen Zwangsrecht und Zwangsmittel schon im Mittelalter gemacht sei, wenn z. B. Bartolus, Baldus, Paulus Castrensis u. A. in ihren Commentaren zu dieser Stelle die Frage discutiren, in wie weit jedwedem Richter, abgesehen davon, ob er das *imperium mixtum* überkommen habe oder nicht, das Recht zustehe z. B. die Parteien zu laden, und diese dann dahin beantworten, es müsse ihm dies Recht eingeräumt werden, nur dürfe er keine Realexecution vornehmen, denn diese sei *mixti imperii*. Indessen stützen sie sich dabei doch nicht auf den Satz, dass dies ein Ausfluss der Röm. Jurisdictio sei, sondern darauf, dass *sine modica coërcitione jurisdictio nulla est*, sehen also den Act der Ladung als *modica coërcitio* an, der von der Jurisdictio wohl zu unterscheiden sei. So setzt Paullus a. a. O. *ad concessionem unius sequitur concessio alterius, sine quo prima esset inutilis* und Baldus (in gl. sua in pr.) *ut modica verbalis, non in corpus*. Aehnlich drückt

L. 5. §. 1. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.) *Mandata jurisdictione privato etiam imperium, quod non est merum videtur mandari, quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est.* (Paull. Lib. XVIII. ad Plaut.)

Das in der Jurisdiction gegebene Zwangsrecht wird illusorisch, wenn ihm nicht ein entsprechendes, in die Aeusserlichkeit greifendes Mittel zur Seite geht. Jegliches derartige Expediens ist aber überall ein Attribut des Imperiums ¹⁾, und zwar des „*imperium mixtum*“, von dem Paullus eben spricht, und dessen Uebertragung auf den *privatus judex* er dadurch rechtfertigt, dass eine einigermaßen zureichende Executivgewalt eine, wenn auch nicht begrifflich, so doch factisch nothwendige Bedingung der Jurisdiction sei. Es ist also aus dieser Stelle keinesweges der Schluss zu ziehen, dass jedem Magistrat, der mit der Jurisdiction bewidmet ist, schon deshalb ohne Weiteres eine *modica coërcitio*, also dieses oder jenes bestimmte Zwangsmittel zustehe ²⁾; im Gegentheil wird denn auch die den Mu-

sich Bartolus aus. Es darf wohl nur als eine andere Form desselben Gedankens angesehen werden, wenn es anderwärts heisst, die Jurisdiction sei das *principale*, die übrigen Concessionen, von denen die *Lex* rede, das *incidens*.

1) vgl. hierüber Puchta, Institut. Bd. I. Lpzg. 1845. §. 79. p. 322. 323. §. 92. p. 399—401. Bd. II. §. 151. p. 10—14. Ueber den Inhalt der Lex Rubria de Gallia cisalp. ursprünglich im 10. Bande d. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. erschienen, dann wieder abgedruckt in den „Kleinen civilistischen Schriften.“ Lpzg. 1851. p. 518—544.

2) Es ist dies ein Irrthum, der sich schon in der Glosse findet (gl. ad voc. Etiam imperium ad L. 5. §. 1. cit. *Non dicas merum vel mixtum imperium, licet hoc quidam dicunt, quia illud delegari non potest. Sed modicam coërcitionem; i. e. castigationem, ut statim supponit s. t. de jurisd. l. magistratibus i. f.*) und von da aus bis auf die neueste Zeit herab in verschiedenen Gestalten wieder hervortritt. Sehr bestimmt bekennt sich auch Cujacius zu demselben (Prael. ad Pap. Quaest. Lib. I. in L. 1. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.) Ed. Neap. Tom. IV. col. 9. sq.), der das Verhältniss geradezu umkehrt und es für eine besondere Beschränkung erklärt, dass den Municipalmagistraten nur einzelne Executionsmittel gelassen seien, während eigentlich mit der Jurisdiction auch das imp. mixt. übergehe. Eine Anschauung, die allerdings der historischen Entwicklung dieser Begriffe gemäss ist, aber doch der systematischen Ausbildung derselben zur Zeit der klassischen Juristen unbedingt widerspricht. So meint aber auch noch Glück (Commentar. Bd. III. Buch 2. Tit. 1. §. 187. p. 22.), das Imperium sei von der Jurisdiction „unzertrennbar, soweit es nämlich auf die

nicipalmagistraten zugestandene *pignoris capio* und *multae dictio* nicht als ein ihnen schon mit der Jurisdiction, sondern erst vermöge specieller Bestimmung ertheiltes Recht dargestellt ¹⁾. Wir weichen also von Bethmann-Hollweg und den Neueren überhaupt nicht sowohl in der Erklärung der L. 5. §. 1. cit. ²⁾, als der L. 2. D. de jurisd. ab, insofern wir diese, weil sie von einer unmittelbar in der Juris-

Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte“, und selbst Zimmern (a. a. O. §. 2. p. 7.) sagt: „Die übrigen Zweige der Jurisdictio i. w. S. sind zum Theil von der Art, dass sie mit verbunden sein müssen, wie z. B. auch eine *modica coërcitio*, zum Theil aber auch *magis imperii quam jurisdictionis* und insofern nicht allen Magistraten, die eine Jurisdictio haben, gestattet.“ Platner (Quaest. de jure crim. Rom. Marb. 1842. p. 59) behauptet sogar: „*jurisdictio sine multae dictione esse non potest.*“

1) vgl. L. 26. D. ad municip. (50. 1.) L. 131. D. de V. S. (50. 16.) und hierzu Puchta, Inst. §. 92. Not. d. L. 29. §. 7. D. ad leg. Aquil. (9. 2.), vgl. jedoch auch Platner a. a. O. p. 60.

2) Diese Stelle hat übrigens noch insofern ein besonderes dogmengeschichtliches Interesse, als sie die unschuldige Veranlassung zu einer Theorie über das *imperium mixtum* geworden ist, welche zuerst von Longovallius in der oben (p. 2. Not. 1.) citirten Schrift, wo er nach einer Darstellung der bisherigen Ansichten fol. 27. ff. die seinige entwickelt, ans Licht gebracht, sich lange Zeit hindurch eines grossen Beifalls zu erfreuen gehabt hat. So hat sie nicht nur in der Französischen und Holländischen Schule Eingang gefunden (Literarische Nachweisungen hierüber s. bei A. Vinnius Tract. de jurisd. c. VII., womit fast wörtlich übereinstimmt select. quaest. Lib. I. c. 3.), sondern auch bei den deutschen Praktikern vielfach Glück gemacht, vgl. z. B. Stryck, Usus modernus Pandectar. Halae 1738. Lib. I. tit. 2. §. 12. p. 185. S. de Cocceji a. a. O. Lib. II. tit. 1. Quaest. 5. p. 140. u. A. m. An Widerspruch dagegen hat es freilich auch zu keiner Zeit gefehlt. Der Inhalt dieser Doctrin ist nun in kurzem folgender. Weil es in L. 5. §. 1. cit. heisst, das *mixtum imperium* gehe auf den, dem die Jurisdiction mandirt ist, über, *quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est*, so ist das *mixt. imp.* eben nichts Anderes, als jene *modica coërcitio*, d. h. die Executionsgewalt in Civilsachen, die als solche natürlich nicht zu extremen Mitteln greifen wird. Damit stimmte nun freilich L. 3. D. de jurisd. schlecht, wo die *bonor. poss.* als Theil des *mixtum imperium* ausdrücklich aufgeführt wird. Um diese zu beseitigen, nahm man nun zu allen möglichen Conjecturen und Interpretationen seine Zuflucht. Vgl. darüber A. Faber, Conjectur. Lib. IV. c. 4. und Vinnius l. l. c. VII. §. 8—10.

diction selbst umschlossenen Befugniss redet, von jenem Zwangsrechte verstehen zu müssen glauben.

Wir sind nunmehr auch in den Stand gesetzt, das Verhältniss der oben von uns gedachten beiden Bedeutungen des Ausdrucks „*stipulationes praetoriae*“ näher anzugeben. Der Name selbst deutet zunächst nur an, dass jene Stipulationen durch den Prätor eingeführt sind; dies ist es, was wir dessen historische Bedeutung nannten, und insofern würde er auch einem Theile der Präjudicial- und Poenal-Sponsionen gebühren. Allein insofern die ganze Thätigkeit des Prätors, soweit sie irgend etwas Neues schafft, d. h. das bestehende Recht in irgend einer Weise modificirt oder ergänzt, ausschliesslich durch das Imperium vermittelt wird, verbindet sich mit jenem Ausdrucke zugleich die Nebenbeziehung, dass eben das prätorische Imperium die Stütze jener Institute sei. Und hier tritt denn allerdings zwischen den Präjudicial- und Poenal-Sponsionen einerseits und den in unseren Quellen technisch sogenannten „*stipulationes praetoriae*“ andererseits ein erheblicher Unterschied ein. Bei jenen ist es zunächst die dem Prätor durch das Gesetz speciell übertragene Obliegenheit, für die formelle Einleitung aller Processe Sorge zu tragen, also das eigentliche *jus dicere*, dem er durch seine Thätigkeit genügt, während das Imperium erst in dem zwangsweisen Anhalten der Parteien, sich diesen Formen zu unterwerfen, hervortritt, so dass also, wo es eines solchen Zwanges nicht bedarf, sollte dieser auch nur in der Androhung bestimmter Massregeln bestehen, dasselbe überhaupt nicht zum Vorschein kommt. Freilich wird sich in jedem einzelnen Falle, besonders wo schon allgemeine Strafandrohungen bestehen, ein bestimmter Zeitpunkt, mit dem das Imperium wirksam werde, nicht ermitteln lassen; ideell dagegen sind beide Gewalten, auch wo sie in ein und derselben äusseren Handlung neben einander hergehen, wohl zu sondern. Bei jenen Cautionen aber ist es von vorne herein die Absicht des Prätors, Jemanden vermöge seiner arbitrairen Amtsgewalt zu einem Thun zu nöthigen, zu dem das Gesetz ihn nicht schon direct verpflichtet hat. Da also auf jene ersteren die gedachte Nebenbeziehung nicht in gleichem Masse Anwendung leidet, sind sie unter den *praetoriae stipulationes* in diesem systematischen Sinne, der in den Quellen übrigens ausschliesslich vorkommt, nicht begriffen. Zugleich ist hiermit auch der Grund gegeben, warum zwar eine Verengerung, nicht aber eine Erweiterung des Begriffes über seine ursprüngliche historische Bedeutung hinaus eintreten konnte¹⁾.

1) Selbst wenn die Worte in L. 5. pr. D. de V. O. *Praetorias autem*

Das so gewonnene Resultat müssen wir indess, ehe wir auf demselben weiter fortbauen können, noch nach zwei Seiten hin gegen einen etwaigen Widerspruch sicher stellen. Einmal gegen eine von Puchta gemachte Bemerkung. In einem unauflöslchen Widerspruche mit der hier von uns versuchten Charakterisirung der Präjudicialsponsionen würde es nämlich stehen, wenn, wie dieser Gelehrte sagt, durch die *Lex Rubria* den Municipalmagistraten des cisalpinischen Galliens die Befugniss, dieselben von den streitenden Parteien zu erfordern, als etwas ihnen ohne dies nicht Zustehendes ertheilt wäre. Das Gesetz nämlich weist den städtischen Richtern, wenigstens in den uns erhaltenen Theilen, nur bestimmte und zwar solche Acte zu, die ihnen als *magistratus minores* eigentlich entzogen waren, d. h. die sich auf das Imperium gründeten. Wären hier also auch die Präjudicialsponsionen genannt, so würden auch sie zu jenen Acten zu rechnen sein. Gegen die Beweiskraft dieses Zeugnisses und folgeweise auch gegen die Richtigkeit des darauf gegründeten Schlusses könnte man nun zwar anführen, dass erst gegen das Ende der freien Republik und in Folge der die Jurisdiction der italischen Magistrate beschränkenden Gesetze ¹⁾, ja vielleicht gerade durch die *Lex Rubria* selbst ²⁾, die eigentliche Jurisdictio im engeren Sinne im Gegensatz zu dem *imperium mixtum* aus dem weiteren Umfange jenes Begriffes ausgeschieden sei, dass diese beiden Gebiete hier also noch nicht in der vollen Sonderung erscheinen könnten, in welcher wir ihnen später begegnen. Allein diese Argumentation ist bei näherer Betrachtung wenig stichhaltig. Denn theils ist es durch Puchta ³⁾ wahrscheinlich gemacht, dass schon mit der *Lex Julia municipalis* jene Beschränkung der italischen Magistrate begonnen habe, und die Bestimmungen dieser in die *Lex Rubria* lediglich hinübergenommen oder doch durch Interpretation aus dem in der ersteren aufgestellten Princip entwickelt seien; theils handelte es sich hier nicht darum, einen neuen Begriff zu schaffen, son-

stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae kein Tribonianismus sind (vgl. Schrader, Inst. Berol. 1832. ad §. 7. J. de jure nat. I. 2.), so hätte doch der systematische Begriff sich nicht über den historischen hinaus ausgedehnt, sondern dieser selbst nach und nach seine früheren Grenzen verändert.

1) vgl. Keller a. a. O. §. 2. p. 7. 8. Puchta, Inst. Bd. I. §. 92. und schon G. Noodt, De jurisdict. Lib. I. c. 1. O. O. Lugd. Bat. 1713. Tom. I. p. 124. ff.

2) v. Savigny, Geschichte des Röm. R. im M. A. 2. Ausg. Heidelb. 1834. Thl. I. c. 2. §. 10—12. p. 52—59. u. nach ihm Zimmern a. a. O. §. 5. p. 16.

3) Institution. Bd. I. p. 403—405.

dern nur darum, einen bereits ausgebildeten und feststehenden, die Gewalt eines *magistratus minor* ¹⁾ auf eine neue jurisdictionelle Behörde zu übertragen und anzuwenden. Es liegt also nahe, dass diese Anwendung im Einzelnen schon vom Gesetzgeber selbst gemacht wurde; ja, es müsste befremden, wenn wir auf der einen Seite ein reiches Detail einzelner Bestimmungen, auf der andern ein bereits festgestelltes Princip vorfinden, aus dem jenes Detail naturgemäss hervorwachsen musste, dennoch aber bei der Erzeugung des letzteren im selbstbewussten Wege der Gesetzgebung der innere Zusammenhang beider in völliger Dunkelheit geblieben sein sollte, während höchstens eine gewisse Dürftigkeit im Ausbau des ganzen Gebäudes aus dessen Neuheit zu erklären wäre. Ja, wenn irgendwie die Begriffe von Imperium und Jurisdictio hier noch nicht in der festen Begränzung wie später erscheinen sollten, so wäre es natürlicher, dass man die letztere zu weit, als dass man sie zu eng gefasst hätte, da ja die Gewalt des *magistratus minor* über das blosse *jus dicere* noch um etwas hinausging. — Mag dem nun aber sein, wie ihm wolle, gewiss ist ein solcher Versuch, den Widerspruch der *lex Rubria* gegen unsere Ansicht zu lösen, immer ein sehr zweifelhafter. Glücklicherweise bedürfen wir aber desselben gar nicht. Das Gesetz deutet nicht im Mindesten an, dass die Ermächtigung zur Auflegung von Präjudicialsponsionen den Municipalmagistraten nur ausserordentlicher Weise eingeräumt wurde. Es ist, wenn wir von der blossen in den geringen Resten des neunzehnten Capitels gewiss nicht unterstützten Behauptung absehen, den städtischen Behörden habe das Recht zu den Interdicten nur insoweit zugestanden, „sofern nicht *cum sponsione* verfahren ward“ ²⁾, namentlich das einundzwanzigste Capitel unseres Gesetzes, was hier in Betracht kommt. Dasselbe handelt von der Zulässigkeit des Verfahrens gegen den *confessus*, den *non respondens* und den *indefensus* bei einer *certa pecunia credita* nicht über 15,000 Sestertien. Hierin meint Puchta ³⁾ liege ein Doppeltes, es sei zunächst eine Beschränkung der Stadtobrigkeiten auf die genannte Summe ausgesprochen, dann aber ihnen auf der anderen Seite für die Einleitung dieses Processes das gegeben, was einem höheren Magistrate zukommt, namentlich die

1) Gegen die Ansicht, dass den Ortsbehörden von der *Lex Rubria* ein Imperium zugeschrieben werde (v. Savigny a. a. O. §. 12. Not. c. p. 59. und Zimmern a. a. O. p. 16. Not. 5.) s. Puchta, kl. civ. Schriften a. a. O. p. 526.

2) Ebenda p. 529.

3) Dasselbst p. 538. 539.

Auflegung der Sponsion, mit welcher der Kläger hier, wenn er will, verfahren kann. Die betreffenden Worte des Gesetzes lauten nach dem von Ritschl¹⁾ hergestellten Texte also:

XXI. A quoquomque pecunia certa credita signata forma
 p(ublica) p(opulei) R(omanei), in eorum quo o(ppido)
 m(unicipio) c(olonia) p(raefectura) | f(foro) u(ico)
 c(onciliabulo) c(as)t(ello)ue, quae sunt eruntue in
 Gallia cisalpeina, petetur, quae res non | pluris H. S.
 XV. erit, sei is eam pecuniam in iure apud eum, quei
 5 ibei i(urei) d(eicundo) p(raeerit), ei quei | eam petet,
 aut ei quouis nomine ab eo petetur, d(are) o(portere)
 debereue se confessus | erit, neque id quod confessus
 erit soluet satisue faciet, aut se sponsione | iudicioque
 uteiue²⁾ oportebit non defendet, seiue is ibei d(e) e(a)
 r(e) in iure non | responderit neque d(e) e(a) r(e)
 sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit | se de-
 fendet: tum de eo, a quo ea pecunia peteita erit, de-
 10 que eo quoui eam | pecuniam d(arei) o(portebit) s(iremps)
 res lex ius caussaue o(mnibus) o(mnium) r(erum)
 esto, atque utei esset esseue | oporteret, sei is, quei
 ita confessus erit aut d(e) e(a) r(e) non responderit
 aut se | sponsione iudicioque utei oportebit non defen-
 derit, eius pecuniae iei | quei eam suo nomine petierit
 quouiue eam d(arei) o(portebit), ex iudicieis dateis
 iudica | reue recte iusseis iure lege damnatus esset
 fuisset.

Es folgt hierauf eine Anweisung, wie demnächst die Execution zu vollstrecken, und wie es bei einer die Competenz des Magistrats übersteigenden Summe zu halten sei. In den oben angegebenen drei Fällen und namentlich da, wo die Leistung der Sponsion verweigert ist, soll es also so angesehen werden, als ob ein condemnatorisches Urtheil erfolgt wäre. Demnach ist hier von einer besonderen Ermächtigung, eine Sponsion aufzulegen, gar nicht die Rede. Im Gegentheil scheint dies Recht stillschweigend als schon in der Jurisdiction begriffen bei den Municipalbehörden vorausgesetzt zu werden, da das *sponsionem facere* und *iudicio uti oportet se defendere*

1) *Legis Rubriae pars superstes. Ad fidem aeris Parmensis exemplo lithographo exprimendam curavit Fr. Ritschellius. Bonnæ 1851. p. 6. 7.*

2) Lies: *utei oportebit* nach II. v. 12. 34. 36. 37. 42. 49. vergl. Ritschl zu I. v. 29. p. 11.

ohne die geringste Andeutung eines Unterschiedes neben einander gestellt ist. Einen vollständigen Beweis hierfür liefert der mit „*atque utei esset*“ beginnende Schlusssatz, wenn man ihn nicht ausschliesslich auf die vor dem Römischen Prätor eingeleiteten Processe beziehen will, wo er dann aber doch immer noch nicht gegen unsere Annahme spricht. Mag also factisch immerhin erst durch das Gesetz dem Magistrate die Möglichkeit, eine solche Sponsion aufzulegen, gegeben sein, indem es ihm die Mittel an die Hand gab, gegen den *contumax* im Wege der Execution vorzugehen, so ist doch dadurch, dass es sich schon unmittelbar in der Fassung des Gesetzes ausspricht, wie jene Ermächtigung nur als eine indirecte anzusehen sei, die Folgerung ausgeschlossen, als ob schon das Auflegen der Sponsion über die jurisdictionelle Befugniss des Magistrats hinausgreife. Die Wahl des hier gebrauchten Ausdrucks darf man nun auch nicht bloss dem Zufalle Schuld geben. Ganz anders heisst es, wenn die Municipalbehörden angegangen werden, die Leistung der *cautio damni infecti nomine* zu bewirken: ¹⁾

10 — *tum is, quo | d(e) e(a) r(e) in ius aditum erit, eum, quei in ius eductus erit, d(e) e(a) r(e) ex formu | la repromittere et, sei satsidarei debebit, satsidare iubeto de | cernito.*

Und gewiss ist die Function des Prätors eine ganz andere bei dem Erfordern einer Caution. Diese dient nicht dazu, ein bestehendes Recht durchzuführen, indem sie dasselbe in die zur Verfolgung auf dem Rechtswege geeignete Form fasst; sie gewährt vielmehr dem einen Theile ein vollständig neues Recht, einen — auch ökonomisch betrachtet — positiven Gewinn. Es ist nicht die Rücksicht auf den Gang des Processes, auf die Möglichkeit eines rechtlichen Austrags, um deren Willen sie auferlegt wird, sondern auf die Billigkeit, auf das subjective Recht dessen, dem die Caution zu Gute kommen soll. Eine solche Verfügung kann daher auch nicht von der Gewalt abgeleitet werden, vermöge deren der Magistrat Recht spricht; es ist eine generisch von dieser verschiedene, es ist das Imperium, welches hier wirksam wird. Darin darf es uns nun auch nicht irre machen, wenn auch z. B. die ädilicischen Stipulationen den prätorischen zugezählt werden, da doch die Aedilen entschieden alles Imperiums entbehrten.

L. 5. pr. D. de V. O. — *praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aedi-*

1) *Legis Rubria* cap. XX. bei Ritschl l. l. p. 5.

liciae, nam et hae a jurisdictione ¹⁾ *veniunt.* (Pomp. Lib. 26. ad Sab.)

Von Alters her waren den Aedilen doch gewisse Executionsmittel zugestanden gewesen, vermöge deren sie dann selbstständig in die ihrer Cognition unterworfenen Privatrechtsverhältnisse eingreifen konnten. Auch sie hatten also, wenngleich im minderen Masse, an jener Macht Theil gehabt, welche bei der späteren systematischen Unterscheidung und Sonderung der Gewalten ausschliesslich als Ausfluss des Imperiums galt. Wohl mit ein Grund für die nachher eintretende grössere Annäherung der *magistratus maiores* und *minores* in der Stadt. Darum wird ihnen nun hier auch gleich den Prätores eine *jurisdictio* im weiteren Sinne zugeschrieben, deren Gegensatz an unserer Stelle die Function des *judex datus* bildet. Man könnte nun erwarten, dass bei den Municipalbehörden, denen auch einzelne Executionsmittel eingeräumt waren, sich gleichfalls ein sol-

1) Es ist eine alte, sowohl an unserer als der entsprechenden Institutionenstelle sich wiederfindende Variante „*ab jurisdictione praetoris*“, auf welche bereits die Glosse Rücksicht nimmt. Nachdem sie schon früher mancherlei Angriffe zu erfahren gehabt hatte, brachte sie Cujacius durch die Bemerkung wieder zu Ehren, dass das *jus aedilicium* wohl eine *pars juris praetorii* genannt werden könne, indem die Aedilen nur als Hülf Richter neben den Prätores erschienen. (Obs. VIII. c. 38.) Darauf hin wurde sie von mehreren späteren Herausgebern wieder angenommen (z. B. Heineccius in den Noten zu A. Vinnii in IV. libros Inst. Imp. commentarius Lugd. Bat. 1726. p. 631. ad voc. *Contineantur etiam aedilitiae*. Otto, Inst. Traject. ad Rhen. 1729. p. 222.), obgleich Cujacius selbst ad L. 5. cit. ausdrücklich sagt: *nam ea, inquit, ab jurisdictione veniunt i. e. ab edicto non praetoris sed aedilium.* Wäre die Lesart richtig, wogegen übrigens sowohl die Autorität der Handschriften als des Theophilus spricht, sowie der Umstand, dass das Einschieben des Wortes „*praetoris*“ durch ein Missverständniss des eigentlichen Sinnes von *jurisdictio* und des darin an sich schon ausgesprochenen Gegensatzes gegen das *officium judicis* weit eher als dessen Fortlassung zu erklären ist, so würde darin allerdings ein Beweis gegen die Echtheit des ganzen Passus liegen. Die Herleitung der *stipul. aedilic.* aus der *jurisdictio* des Prätors ist nur vermöge einer *denominatio a potiori* möglich, nachdem etwa durch die hadrianische Redaction das *edict. praet.* und das *edict. aedil.* verschmolzen waren. Eine solche Ungenauigkeit im Ausdrucke würde aber der jener Zeit noch so nahe stehende Pomponius sich schwerlich haben zu Schulden kommen lassen. Gegen den Rettungsversuch des Cujacius muss schon das entscheiden, dass der Name der *stip. praet.* nicht von der *jurisdictio*, sondern von der Person des Prätors entnommen ist.

ches Quasiimperium hätte ausbilden müssen. Dem traten aber zwei Gründe hindernd entgegen. Erstens war jene Executivgewalt ihnen nicht *jure magistratus*, sondern in Folge besonderer Bewidmung übertragen und deshalb auch nur zu den Zwecken zu verwenden, welche man bei dieser Uebertragung im Auge gehabt hatte. An eine freie selbstständige Uebung ihrer Gewalt konnten sie also nicht denken. Ueberhaupt verbot ihnen, und dies ist der zweite Grund, die untergeordnete Stellung, welche sie in der bereits sich bildenden Beamtenhierarchie einnahmen, jedes derartige Auftreten von selbst. So viel über die aus der *Lex Rubria* gegen unsere Behauptung etwa abzuleitenden Argumente. Der zweite Punkt, den wir noch einer näheren Besprechung vorbehielten, betrifft die Poenalsponsionen insbesondere. Wir haben bisher die eine Seite der Sponsionen, mit denen wir uns hier beschäftigen, ausschliesslich hervorgehoben, die präjudicielle, das pönale Moment aber, wo es sich zeigt, als ein zu jenem in zweiter Reihe hinzutretendes betrachtet. Es ist nun aber nicht zu läugnen, dass dieses Verhältniss durchaus nicht überall das ursprüngliche war, sondern dass eben die Verpflichtung zur Succumbenzstrafe in früheren Zeiten eine selbstständige Bedeutung hatte. In dem alten Sacrament finden wir zwar schon beides vereinigt, die Formgebung für den Rechtsstreit und die Strafe für den unterliegenden Theil ¹⁾, und diesem ist denn auch das Verfahren nach der *lex Silia* nachgebildet. In den Interdicten dagegen, deren Anfänge gewiss über jenes Gesetz hinaufreichen ²⁾, war zunächst wohl nur der Zwang, sich für den Uebertretungsfall einer bestimmten *poena* zu unterwerfen, die einzige Folge der prätorischen Interposition ³⁾. Diese *poena* fiel denn, sofern sie nicht in einer sofort verhängten *multa* bestand, wo es zu einem Judicium ⁴⁾ gar nicht kam, dem Sieger an-

1) S. darüber Keller: über Litiscontestation und Urtheil nach klass. Röm. Recht. Zürich 1827. §. 22. p. 188—190. Der Röm. Civ.-Proc. §. 13. p. 55. 56. §. 18. p. 79. Huschke, krit. Jahrb. a. a. O. p. 487. Wetzell a. a. O. §. 10. p. 59.

2) S. Zimmern a. a. O. §. 72. p. 224. 225. Leist a. a. O. p. 21. Schmidt, Interd. p. 302. ff. 313.

3) Vgl. Huschke, *De causa Silaniana*. In den Studien p. 4. a. E. ff. und Schmidt a. a. O. p. 317. 318. Darin können wir uns jedoch nicht mit ihm einverstanden erklären, „dass die Sponsionssumme damals die Entschädigung zugleich mit enthielt“; dann wäre zu einer Entschädigungsklage auch für die spätere Zeit weiter keine Veranlassung gewesen.

4) S. Dirksen, Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Lpz. 1825. Abh. 3. p. 190.

heim, und somit wurde durch die Poenalsponsion doch in Wahrheit gleich wie bei den Cautionalstipulationen ein neues Recht für die Parteien constituirt, welches eben darum auf dem Imperium beruhte. Natürlich ist also auch jene Sponsion selbst eine prätorische gewesen. Allein es ist hierbei nicht zu übersehen, dass in der Folgezeit das Wesen der Interdicte eine bedeutende Umwandlung erlitt. Sobald die prätorische Gewalt einen Schritt weiter that und dem in dem Interdict erlassenen Befehl nicht bloß durch eine Strafandrohung Kraft verschaffte, sondern auch eine directe Verpflichtung des Uebertreters, demselben, gleichviel ob er in einem Gebot oder Verbot bestand, sich noch nachträglich zu unterwerfen und den früheren Zustand wieder herzustellen ¹⁾, geltend machte, eine Verpflichtung, die zunächst gleichfalls durch Stipulationen in's Leben gerufen wurde, wie dies namentlich auch aus der allerdings ziemlich lückenhaften Darstellung des Gaius Lib. IV. §. 165. sq. hervorblickt: da erhielt auch die Poenalsponsion einen präjudiciellen Charakter. Hatte nämlich der Beklagte dem Edict nicht zuwider gehandelt, worüber das Urtheil aus der Poenalsponsion entschied, so konnte natürlich auch von einer Verpflichtung desselben aus seinem Delict nicht die Rede sein. Und so erschien denn wiederum die Poena nicht als eine Strafe für den Verächter des prätorischen Imperiums, sondern als *poena temere litigantium*, als wohlverdiente Züchtigung für den, welcher, statt sofort sein Unrecht einzuräumen, es erst auf eine richterliche Untersuchung ankommen liess. Die Poenalstipulation war somit ein Bestandtheil dieses bestimmten Processganges und deshalb ein Ausfluss der jurisdictionellen Gewalt des Prätors geworden ²⁾. Hiermit stimmt

1) Wir können uns den Uebergang von dem einen zum andern etwa dadurch vermittelt denken, dass der Prätor den Verfall der *poena*, die ursprünglich unbedingt die bloße Uebertretung ahndete, dann an die unterlassene Restitution knüpfte. Wenigstens liegt der Idee des bloßen Schutzes für gewisse Verhältnisse der Gedanke an das Verbot näher, als an den Befehl zu restituiren.

2) Abweichend hiervon sieht Bethmann-Hollweg §. 37. p. 387 — 389 in dem auf Schadensersatz gerichteten Judicium eine Poenalklage und in der Sponsion lediglich die nothwendige Einleitungsform desselben. Mir scheint es der Natur der Sache entsprechender, eine Poenalklage nicht schon von vorn herein auf das Interesse zu stellen. — Umgekehrt war das *judicium calumniae* früher eine selbstständige Strafklage (vgl. Gaius, Inst. IV. §. 175. 178. Zimmern a. a. O. §. 180. p. 542.) und wurde später bloss als Ausfluss der processpolizeilichen Gewalt des Magistrats angesehen. (Consult. vet. ict. c. 6. L. 4. C. Th.

denn auch Gaius überein, der die Stipulationen und Restipulationen bei den Interdicten als eine Eigenthümlichkeit des processualischen Verfahrens darstellt, neben welchem in gewissen Fällen electiv auch noch ein anderer Weg, die Erbitung eines Arbiters, offen stehe.

Inst. Lib. IV. §. 162. *Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, — modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo*¹⁾.

Man darf sich nun auch dadurch nicht täuschen lassen, dass die Poenalsponsion es ist, welche zunächst das auf das prätorische Imperium gegründete Recht für das civilrechtliche Verfahren vorbereitet und sie deshalb für den dies Recht als solches erst schaffenden Act ansehen. Die in dem nachfolgenden Judicium erörterte Frage ist nämlich nur die, ob gegen das Interdict von den Parteien gefehlt sei²⁾, ein Umstand, der an sich ganz inhaltslos ist, und aus dem die Streitenden kein Recht für sich ableiten können, das auf die Succumbenzstrafe ausgenommen, die jedoch jetzt nicht mehr als das Object des Interdicts anzusehen ist. — Ebensowenig als man hier nach in den die Interdicte einleitenden Poenalsponsionen noch das Imperium des Prätors fortwirkend glauben darf, kann man dasselbe umgekehrt auf das „*interdictum redditum*“³⁾ beschränken und mit Huschke⁴⁾ und Zimmern⁵⁾ schon hierin eine genügende *causa* für die Anordnung eines Judiciums anerkennen. Mag nämlich das Gesetz auch den Gehorsam gegen das Imperium des Magistrats fordern, so liegt darin doch nur eine publicistische Sanction des letzteren⁶⁾, welche allenfalls zu einer Anklage wegen *perduellio* füh-

ad Leg. Cornel. de fals. L. 8. C. de cal. vgl. Planck, Mehrheit. §. 6. No. 3. p. 46—54.)

1) vid. ibid. §. 141. 165.

2) Gaius, Inst. IV. §. 141. 165. 166. Ueber die Lesart des letzteren siehe Rudorff, Bemerkungen über das Interdict *uti possidetis* in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XI. p. 354. 355., jedoch auch Huschke ebenda Bd. XII. p. 333. 334. und nunmehr auch Schmidt, Interd. p. 239. Not. 5.

3) cf. Gaius, Inst. Lib. IV. §. 139.

4) Studien a. a. O. p. 10.

5) a. a. O. §. 72. p. 226. Schmidt a. a. O. p. 315. Not. 5. sagt, das Interdict begründe die Rechtspflicht, die Sponsionen brächten die civile Klage, wogegen nach Huschke nur die Form der letzteren aus ihnen folgen würde.

6) Eine andere Bedeutung hat auch wohl der von Cicero (de legg. III. cap. 3.) an die Spitze seines Gesetzesvorschlages gestellte Satz: „*Iusta imperio sunt; iisque cives modeste ac sine recusatione parento*“ nicht.

ren kann, aus der man aber doch keine privatrechtlichen Folgen ableiten darf. Vielmehr mussten diese immer erst wieder durch das Imperium des Magistrats festgestellt werden. So ist es denn auch das Imperium, auf welches die Anordnung des *judicium de re restituenda vel exhibenda* ¹⁾ die Leistung der *fructuaria stipulatio*, das *Cascellianum* und *fructuarium judicium* ²⁾ sich gründen, und gerade weil diese das Klagobject umfassen, ist die Poenal- zur Präjudicialsponsion umgewandelt. — Eher liesse sich jener Gedanke für die Kaiserzeit nach Diocletian vertheidigen, wo die Formel und mit ihr die Sponsionen weggefallen waren, die Ertheilung des Interdicts an die Parteien sich aber noch erhalten hatte ³⁾. Und so sagt denn Theophilus wirklich

ad Inst. Lib. IV. tit. 15. pr. — ἰντερδίκτον δέ ἐστιν ὁμιλία πρᾶίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς ἢ ὥσανεὶ νομῆς ἀγωνιζομένων γενομένη, οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ὁυθμίζουσα τὸν δικαστήν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως ⁴⁾.

Freilich ist aber jetzt zu einer leeren Förmlichkeit geworden, was sonst materielle Bedeutsamkeit hatte, und die Handlung, die ehemals Parteienrechte schuf, ist zu einer blossen Instruction des Richters herabgesunken.

So stehen also die prätorischen Stipulationen auch mit den Präjudicialsponsionen, welche ein Recht, das selbst erst prätorischen Ursprungs ist, zur gerichtlichen Verfolgung vorbereiten sollen, nicht auf einer Linie. Wenigstens ist aber darin eine Aehnlichkeit zwischen beiden anzuerkennen, dass den Klagen aus ihnen gleicherweise eine *civilis causa* untergelegt ist ⁵⁾, wodurch sie sich wesentlich von

1) Gaius, Inst. Lib. IV. §. 165.

2) ibid. §. 166. 167. 169.

3) Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 37. p. 393. Not. 23—25. A. M. ist Schmidt, Interd. p. 321. ff. Nach ihm ist schon seit Diocletian die Ertheilung des Interdictes vollständig abgekommen, die Form des Interdicten-Verfahrens in der der *cognitio extraordinaria* untergegangen, das Zeugniß des Theophilus also nur von historischer Bedeutung. (vgl. a. a. O. p. 3.)

4) In der Uebersetzung bei G. O. Reitz (*Theophili antecessoris paraphrasis graeca Instit. Hagae Comit. 1751. Tom. II. p. 890*). *Interdictum est praetoris dictum inter duos aliquos de possessione vel quasi possessione litigantes pronuntiatum, quaestionem non dirimens, sed judicem instruens, quomodo de quaestione judicare oporteat.*

5) Wetzell a. a. O. p. 94. will in dem Urtheil aus der Sponsion der Sache nach nur wieder einen auf den concreten Fall angewandten prä-

den *actiones honorariae* unterscheiden, welche sich ausschliesslich auf die vom Magistrat ertheilte Formel stützen. Bei diesen fliesst nämlich Imperium und Jurisdictio bis zur Litiscontestatio äusserlich ununterscheidbar in einander und erst mit der *ordinatio judicii* erlangen sie die formelle Anerkennung, die in jenen ersteren Fällen schon mit dem Abschluss der Stipulation eintritt. Hingegen ist das wieder den Poenal- und Präjudialsponsionen mit jenen Actionen gemeinsam, dass dort überall in eigenthümlicher Weise die jurisdictionelle Gewalt des Magistrats der Zeit nach früher wirksam wird, als noch das Klagrecht, über welches entschieden werden soll, in civiler Form definitiv constituirt ist. Es ist dies eine Folge davon, dass das *jus honorarium* grösstentheils in der Hülle der Rechtsanwendung ins Leben übertrat¹⁾. Dies war nun aber erst durch die *Lex Aebutia* möglich geworden²⁾. Und so bilden denn die Interdicte eine eigenthümlich zwitterhafte Erscheinung, die in ihren verschiedenen Theilen auf ganz verschiedenen Principien beruht, indem der prätorische Befehl anscheinend direkt in die Privatrechtsverhältnisse ordnend eingreift und dennoch nachher nur auf dem Umwege der Rechtsanwendung zu Kräften gelangen kann. Auch in der Auflegung der prätorischen Stipulationen wird jene direkt eingreifende Gewalt sichtbar, hier aber bedarf es, da in der Stipulation selbst schon eine *civilis causa* liegt³⁾, nicht erst eines weiteren Umweges, um ihr auch vor Gericht Anerkennung zu verschaffen. Darum darf man denn auch nicht in der Entscheidung des Prätors über deren Fassung schon die jurisdictionelle Gewalt desselben wieder erkennen wollen. Von jener Rechtsanwendung, von der Vorbereitung eines streng genommen noch nicht existirenden Rechts für das Judicium, wodurch allein jede derartige Anticipation des rechtssetzenden Moments zu erklären ist, findet sich hier ja noch keine Spur. Wollte man aber etwa von dem Gesichtspunkte hierbei ausgehen, dass ja der Prätor bei einer

torischen Befehl erblicken. Hierin würde aber u. E. eine unstatthafte Vermischung des *officium judicis* mit dem *imperium* des Prätors liegen. Sehr scharf spricht sich auch gegen diesen Gedanken aus Schmidt, Interd. p. 293. Not. 12.

1) Vgl. Planck, Die Lehre vom Bew.-Urtheil §. 11. p. 96. Puchta, Inst. Bd. I. §. 85. p. 365.

2) S. Leist a. a. O. §. 6. p. 22. ff. Puchta, Inst. Bd. II. §. 163. p. 98—101.

3) Vollständig hat dies Nicasius, Lectur. ad Inst. de divis. stip. verkannt, indem er meint, die stip. praet. können nur auf ein Jahr, die Amtsdauer der Prätores, in Kraft bleiben.

solchen Entscheidung nur die bereits im Edicte ausgesprochenen Grundsätze zur Anwendung bringe, so würde man damit die Entstehung des Parteienrechts in das Edict selbst zurückverlegen, und also dem Prätor das *jus facere* einräumen, während er doch nur in jedem einzelnen Falle seine Autorität zu interponiren verspricht¹⁾. Und wenn Ulpian gerade hiervon sagt, dass bei einer über die Conception der Caution sich erhebenden Frage die Jurisdiction des Prätors Platz greife,

L. 1. §. 10. D. de stip. praet. (46. 5.) *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit jurisdictionis.* (Ulp. Lib. 70. ad Ed.)

so macht schon Leist²⁾ darauf aufmerksam, dass jener Ausdruck hier in einem umfassenderen Sinne gebraucht ist, als an den Stellen, wo die Erforderung prätorischer Stipulationen aus dem Imperium abgeleitet wird.

Wenn demnach die Eingehung von Poenal- und Präjudicialsponsionen als eine Vorbereitung und ein Analogon der Litiscontestatio erscheint, so wird sie auch wie diese einen wesentlich conventiellen Charakter an sich tragen³⁾, und wollen wir sie in das von Pomponius in der L. 5. D. de V. O. aufgestellte Schema einpassen, so werden wir sie auch nur den Conventionalstipulationen beigesellen können. Man darf sich hierbei nicht daran stossen, dass jene Convention eine durchaus unfreiwillige ist. Auch bei dem unter prätorischer Autorität angetragenen Eide, von dem der Prätor edicirt „*solvere aut jurare cogam*“⁴⁾ wird das darin liegende Uebereinkommen der Processirenden ganz besonders betont.

1) Anders war das Verhältniss bei den Interdicten, die, wenn sie ursprünglich rein pönaler Natur waren, sehr wohl in einer allgemeinen Vorschrift bestehen konnten und insofern mit einer Popularklage Aehnlichkeit haben mochten. Als dann später das rein privatrechtliche Element überwog, konnte man zu dessen Begründung nicht auf eine polizeiliche Vorschrift recurriren, und damit war die Nothwendigkeit des „*reddere interdictum*“ gegeben. — Hiermit stimmt überein Schmidt, Interd. p. 7. 8. 314. 315., wenn er als Grund dieser Erscheinung an giebt, der Prätor habe im Edict nicht allgemeine bindende Rechtsvorschriften erlassen können.

2) a. a. O. p. 84.

3) Auch v. Savigny, System. Bd. V. p. 498 nennt die Strafen aus den Sponsionen „vertragsmässig herbeigeführt.“

4) L. 34. §. 6. D. de jurejur. (12. 2.)

L. 2. D. de jurejur. (12. 2.) *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.* (Paull. Lib. 18. ad Ed.) ¹⁾.

Zwar haben auch die Cautionalstipulationen „*instar actionis*“ ²⁾, daraus ist aber doch für ihre conventionelle Natur keine Folgerung zu ziehen, denn dies Prädicat kommt ihnen nur insofern zu, als man die Thätigkeit des Prätors, der die Stipulationen wie die Actionen und an deren Stelle verspricht, nicht aber die der Parteien im Auge hat, welche sich keineswegs auf die Stipulation wie auf ein Judicium verpflichten, d. h. das bisher zwischen ihnen bestandene Rechtsverhältniss in eine neue Form fassen ³⁾.

Ueberblicken wir nochmals die bisher gewonnenen Resultate, so können wir sie kurz in folgenden Worten zusammenfassen: Alle prä-

1) Vgl. Heffter System p. 275. Not. 55. §. 233. p. 281. v. Savigny System. Bd. VII. §. 311. p. 66. ff.

2) L. 1. §. 2. D. de praet. stip. L. 37. D. O. et A. (44. 7.) L. 10. §. 3. D. de compens. (16. 2.) L. 20. D. ratam rem hab. (46. 8.)

3) Eine eigenthümliche Ansicht über das Wesen der Cautionalstipulationen hat A. Faber, conjectur. Lib. III. c. 1. Er geht von dem Namen *cautionales* aus und sucht diesen dadurch zu rechtfertigen, dass die damit bezeichnete Stipulation das einzige Sicherungsmittel des Stipulators gewesen sei. Da nun aber diese Stipulationen auch da Anwendung finden, wo daneben eine ähnliche Klage zustand, so nimmt er nach dem Vorgang der Glosse (ad L. 1. §. 2. D. de stip. praet.) und mit Rücksicht auf die Lesart „*et ut fiat novatio*“ an der gedachten Stelle an, dass diese durch die Stipulation novirt wurde. Dies scheint mir wenigstens sein Gedankengang zu sein, und ich möchte deshalb nicht mit Liebe (a. a. O. p. 98. Not. 4.) die von Faber behauptete Novation so ausschliesslich betonen, obgleich sie ihm dann zur Erklärung des Ausdrucks „*instar actionis habent*“ sehr gelegen ist. Denn den Fall der *stip. damn. inf. nom.* (wo die Glosse an eine Novation des *int. quod vi aut clam* denkt) hat er keinesweges übersehen, sondern findet seine Ansicht durchaus darin bestätigt. *Sed non ideo minus cautionalis dici debet* — heisst es von ihr a. a. O. — *immo eo magis, quod ea non interposita nullo remedio ei, qui damnum passus est, cautum esse potest, ut semper verum sit, in hujusmodi stipulationibus totam stipulatoris cautionem consistere.* Die dieser Ansicht entgegenstehenden Schwierigkeiten sind übrigens bereits von Liebe genugsam hervorgehoben. Auch die von Donellus Comment. jur. civ. Lib. XXI. c. 2. §. 9. versuchte Erklärung, inwieweit die *stipulationes cautionales instar actionis* haben, scheint mir eher in der Form etwas gesucht, als dem eigentlichen Gedanken nach verfehlt zu sein. (vergl. Liebe a. a. O. p. 97.)

torischen Stipulationen sind Cautionen, welche als solche von den Präjudicial- und Poenalstipulationen durchaus zu sondern sind. Es wurde dies einmal aus den vorhandenen Quellenzeugnissen bewiesen, dann aber auch die innere Verschiedenheit der prätorischen Thätigkeit in beiden Fällen entwickelt, die wir dann noch insbesondere an einigen zweifelhafteren Fällen nachgewiesen und näher erläutert haben. Mithin kann auch der ohnehin schon schwankende Begriff von formeller und materieller Begründung der Klage der Unterscheidung der einzelnen Klassen jener Stipulationen nicht zu Grunde gelegen haben, und damit fällt auch jede Veranlassung fort, mit Puchta ¹⁾ zu glauben, dass die *Stipulatio judicatum solvi* nur irrtümlicher Weise ihren Platz unter den *judiciales* gefunden habe. Der Grund jenes Gegensatzes zwischen den *cautionales* und *judiciales*, denen die *communes* coordinirt zur Seite stehen, ist, wie dies auch schon die Glosse ²⁾ andeutet, lediglich in der Beziehung auf ein anderes Judicium zu suchen. Es ist der zwischen processualischen und nichtprocessualischen Cautionen, von denen die ersteren sich wieder in zwei Unterabtheilungen sondern, je nachdem sie den Kläger sichern sollen, entweder, dass der Beklagte dem Urtheil genug thun (*judiciales*) oder dass er überhaupt den Process übernehmen werde (*communes*).

So haben wir bei unserer bisherigen Erörterung den einen Ausgangspunkt, den Begriff der Judicialstipulationen mit Wetzell getheilt, sind aber auf diesem Wege zu einem gerade entgegengesetzten Resultate gelangt. Auch die *stipulatio judicatum solvi* kann, weil sie selbst nach dem Inhalte unserer Quellen zu den Judicialstipulationen gehört, nicht die Einleitung des Judiciums, sondern nur eine materielle Sicherung des Klägers bezweckt haben. In Betreff der sonstigen historischen Darstellung, die wir bei Wetzell finden, und die er als die Grundlage seiner Theorie betrachtet, können wir uns hier freilich nicht weiter auslassen, nur Einzelnes wird uns bei der weiteren Verfolgung unserer Aufgabe beiläufig zu berühren gestattet sein. Wenn wir nämlich es als ein nunmehr sicher gewonnenes Resultat ansehen dürfen, dass die Judicialstipulationen, weil sie den allgemeinen Charakter ihrer Oberart nicht verläugnen kön-

1) Institutionen §. 168. Not. f.

2) Gl. ad L. 1. §. 2. de stip. praet. voc. cautionales. *Et dicuntur cautionales, quae non interponentur ratione alicujus sententiae, ut sit firma; in quo differt a judiciali; nec ratione alicujus instantiae causae, ut differat a communi; sed ob aliam causam interponuntur, ut patet in exemplis hic subjectis.*

nen, Cautionen sind, so haben wir es jetzt nachzuweisen, inwieweit sich dieser Charakter auch im Einzelnen bei ihnen wieder zeigt. Wir werden am besten von der formellen Fassung derselben ausgehen und uns dann die Frage vorlegen, welche der beiden hier in Rede stehenden Ansichten durch sie ihre Bestätigung erhält. Bevor wir jedoch hiermit beginnen, müssen wir noch einer Theorie gedenken, welche unserer Stipulation (*jud. solvi*), ohne indessen auf ihren Zusammenhang mit den Judicialstipulationen weiter einzugehen, eine ganz eigenthümliche Bedeutung zuschreibt.

Es ist die Ansicht von Savigny's, von der wir sprechen. Sie steht mit seiner Anschauung der Litiscontestatio überhaupt in der engsten Verbindung. Die Litiscontestatio, sagt er ¹⁾, ist diejenige Processhandlung, durch welche die Obligation, in der uns jedes Klagrecht, ohne Unterschied des ihm zu Grunde liegenden Rechtes erscheint, wirkliches Dasein und bestimmte Gestalt erhält. Sie greift nun auf zweierlei Weise in das bestandene Rechtsverhältniss ein, nach Vergangenheit und Zukunft. Das erstere, durch die Consumtion des bisherigen Rechtes, welche unter gewissen Bedingungen *ipso jure* und zwar mittelst einer Novation herbeigeführt werde, wobei man der ganzen Natur der Novation gemäss annehmen müsse, dies sei durch eine *stipulatio* bewirkt. Nach der Zukunft, insofern unzweifelhaft aus ihr ein obligatorisches Verhältniss entstehe, entsprechend dem in der Natur jedes Rechtsstreites gegründeten Bedürfniss nach einer künstlichen Ausgleichung der aus der längeren Dauer des Rechtsstreites entspringenden Nachtheile. Zweifelhafter sei freilich die Frage nach der juristischen Form, in welcher dies obligatorische Verhältniss in's Leben getreten sei. Jedoch lasse sich durch ein unmittelbares Zeugniß des Gaius ²⁾ wenigstens für die Klagen *in rem* eine bestimmte Behauptung begründen. Nach ihm müsse hier der Beklagte für den ihm gewährten Vorthail, auch während des Processes die Sache besitzen zu dürfen, Entschädigung versprechen und durch Bürgen sicher stellen, wodurch dann der Kläger die Befugniss erlange, künftig nach seiner Wahl den Beklagten sowohl, als dessen Bürgen zu verklagen. Demnach müsse man bei den Klagen *in rem* neben der Litiscontestatio eine Stipulation annehmen, durch welche die eigenthümlichen, als Folgen jener erscheinenden Obligationen begründet wurden, jedoch ohne dass etwa die *actio judicati* im Voraus novirt worden wäre, da es an der Absicht

1) System Bd. VI. §. 258. p. 23—36. vgl. hiermit Bd. V. Beil. XIII. No. XIX. p. 501.

2) Gaius Inst. Lib. IV. §. 89. 91.

zu noviren ganz gefehlt habe, so dass es dem Kläger vielmehr freigestanden, sowohl diese als die *actio ex stipulatu* gegen den Beklagten oder dessen Bürgen anzustellen. Auch bei denen der persönlichen Klagen, wo die Consumtion des früheren Rechtes *ipso jure* eintrete, könne man wohl eine von dem Beklagten selbst, wenn gleich ohne Bürgen abgeschlossene *stipulatio judicatum solvi* annehmen. Bei denen dagegen, wo erst *per exceptionem* die Consumtion geltend gemacht werde, habe man durch einen in der Litiscontestation selbst fingirten Vertrag den dem Wesen des Processes selbst entsprechenden Folgen eine sichere und angemessene juristische Grundlage gegeben.

Einer noch näher in das Detail gehenden Darstellung der von Savigny'schen Ansicht dürfen wir uns hier wohl überheben, da eine bis in die Einzelheiten sich erstreckende Kritik die Grenzen unserer gegenwärtigen Aufgabe weit überschreiten würde. Jedoch behalten wir es uns vor, weiter unten an einem geeigneteren Orte, aber nur so weit es sich dabei um die *stipulatio judicatum solvi* handelt, nochmals zu dieser Auffassung der Sache zurückzukehren und vorzüglich die behauptete Nothwendigkeit einer solchen Stipulation für den Vindicationsprocess einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen. Hier mag es vorläufig genügen, auf zwei Punkte aufmerksam zu machen. Der eine ist allgemeinerer Natur. Für ein Hauptgebrechen der Savigny'schen Ansicht halten wir es nämlich, dass sie das Wesen und die Folgen der Litiscontestation durch einen Act bestimmen lassen will, welcher selbstständig neben jener hergeht, seine eigene Natur hat und seine eigenen Wirkungen (die *actio ex stipulatu*) hervorruft. Der andere betrifft die Auffassung jener Stelle in den Gaianischen Institutionen, deren hohe Wichtigkeit für die Entscheidung unserer Streitfrage noch von keiner Seite unterschätzt worden ist, bei deren Erklärung aber auch eben darum eine doppelte Vorsicht nothwendig wird. Nach Savigny nun würde das Hauptgewicht auf die von dem Beklagten selbst stipulationsweise übernommene Verpflichtung fallen. Dem ganzen Zusammenhange nach scheint uns dagegen die Sicherstellung durch Bürgen die Hauptsache zu sein, die Stipulation des Beklagten aber nur als Mittel eine für jene accessorische Obligation entsprechende Principalobligation zu schaffen, die, so lange man an der eigenthümlichen Verpflichtung der Bürgen durch *sponsio* festhielt, selbst nur in einer Verbalobligation bestehen konnte. Und hiernach sind wir denn auch nicht gebunden, ihr eine selbstständige Bedeutung zuzuschreiben und die Folgen der Litiscontestation aus ihr zu erklären.

II. Die stipulatio judicatum solvi und ex operis novi nuntiatione.

Als Judicialstipulationen sind uns die beiden, die *stipulatio judicatum solvi* und die *ex operis novi nuntiatione*, genannt, und in der That haben beide in ihrer Konstruktion die höchste Aehnlichkeit mit einander. Sie sind gleicherweise aus den drei Clauseln: *de re judicata*, *de re defendenda* und *de dolo* ¹⁾ zusammengesetzt. Wir legen hier die Restitution von Schmidt (von Ilmenau) ²⁾ zu Grunde, nach welcher sie folgendermassen lauten:

1. Die stipulatio judicatum solvi.

Si res, qua de agitur ³⁾, *aut a Sempronio iudice eove, qui in ejus locum substitutus erit* ⁴⁾, *intra annum et VI. menses* (Processverjährung) *adversus te judicata* ⁵⁾ *aut boni viri arbitrato defensa non erit* ⁶⁾, *quanti ea res erit* ⁷⁾, *tantam pecuniam dari, dolumque malum abesse abfuturumque esse* ⁸⁾ *spondes?*

2. Die stipulatio ex operis novi nuntiatione ⁹⁾.

Quod novum opus, q. d. a. intra annum factum erit ¹⁰⁾, *id si non jure factum esse judicatum erit, aut si res arbitrato boni viri defensa non erit, restitui arbitrato boni viri aut, si ita mihi placuerit* ¹¹⁾, *quanti ea res*

1) L. 6. D. jud. solv. (46. 7.) L. 21. §. 2. D. de O. N. N. (391.)

2) Zeitschr. für Civ.-R. u. Proc. a. a. O. p. 23.

3) L. 13. §. 1. D. jud. solv. (46. 7.)

4) L. 3. pr. L. 20. eod.

5) L. 6. L. 17. D. eod.

6) L. 2. §. 8—10. L. 5. §. 3. 7. L. 14. L. 17. L. 18. D. eod.

7) L. 13. pr. D. eod.

8) L. 19. pr. §. 1. eod.

9) vgl. Donell. Comm. jur. civ. Lib. XV. c. 46. §. 23. i. f. Brisson. Lib. V. p. 395. l. l.

10) L. 13. §. 1. L. 21. §. 1. 3. D. de O. N. N. (39. 1.)

11) L. 21. cit. §. 1. 4. 7. L. 2. §. 1. de stip. praet. (46. 5.)

*erit, tantam pecuniam a te heredibusve tuis dari*¹⁾
*dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?*²⁾

Vergleichen wir hiermit die früheren Versuche, wobei wir freilich nur die Anlage der Formel im Grossen und Ganzen betrachten und uns deshalb auch auf die uns hier zunächst interessirende *stipulatio judicatum solvi* beschränken können, so ist vor allen der des Cujacius³⁾ zu nennen, der bis auf die neueren Zeiten herab einer hohen Autorität genoss, wie denn auch Heineccius⁴⁾ mit nur unwesentlichen Abänderungen ihn zu dem seinigen gemacht hat, ja noch Schulting⁵⁾ und selbst Liebe⁶⁾ und Ribbentrop⁷⁾ auf ihn verweisen. Es ist ihm das eigenthümlich, dass er die, die Leistung des Interesse bedingenden Handlungen zunächst direct versprechen lässt und erst dann die Verpflichtung zum Schadensersatz für den entgegengesetzten Fall in den Worten daran schliesst:

et quamdiu res non defendatur, aut si, quod hujus rei judicatum erit, non praestetur, dolumve malus non aberit, quanti ea res est dari? (sc. spondes?)

Brissonius⁸⁾ dagegen hat weniger die Absicht, die Formel der Stipulation in ihrem Zusammenhange genau herzustellen, als den Inhalt der einzelnen Clauseln in den Worten der Quellen anzugeben, von denen er die erste conditional, die *clausula de re defendenda* direkt, die Schlussclausel bald auf die eine, bald auf die andere Weise gefasst glaubt. Eigenthümlich ist endlich die Art, wie Donellus (a. a. O. Lib. XVIII. c. 13. §. 5.) die Sache ansieht. Man könne auch wohl, meint er, von der formellen Fassung der Stipulation ganz absehen, und wenn Jemand nur verspreche „*judicatum solvi, etiamsi nihil amplius verbis adjiciat*“, so habe er sich damit doch schon verpflichtet, dem Inhalt der drei Clauseln nachzukommen.

Wäre die Stipulation dazu bestimmt gewesen, die Grundlage des Judiciums zu bilden, so könnte ihr Object auch nur der Gegenstand

1) L. 21. §. 4. D. de O. N. N.

2) L. 21. §. 2. eod.

3) Observat. Lib. X. c. 29. und in Praelect. ad Lib. 8. Paulli ad Ed. zu L. 14. de procur.

4) Antiquitat. Romanar. syntagma. a. a. O. No. 17. p. 569.

5) Schulting-Smallenburg, Notae ad. Dig. Tom. VII. pars I. Lugd. Bat. 1832. in Tit. Dig. jud. solv. p. 142.

6) a. a. O. §. 15. p. 182. Not. 3. Bethmann-Hollweg Versuche p. 235. Not. 150. giebt nur einzelne Andeutungen.

7) Zur Lehre von den Correal-Obigationen p. 202. Not. 6.

8) De formulis et solemn. pop. Rom. verb. Mogunt. 1649. pag. 393. (V. 57.)

der Condemnation sein, und das direkte Versprechen der Handlungen, deren Nichtleistung die Condemnation bedingt, hätte dann freilich keinen Sinn. Die einzig erklärliche Form der Stipulation wäre die, die Leistung des Geldinteresses unter den gleichen negativen Bedingungen zur Pflicht zu machen, von denen die Condemnation abhängig sein sollte. Von diesem Gedanken aus, wie es scheint, greift denn auch Wetzell ¹⁾ die Restitution des Cujacius auf das Entschiedenste an, wenn er gleich zugiebt, „dass es sich dabei mehr um die hergebrachte Form, als um einen Unterschied im practischen Resultate handele.“ In einem unter einer Bedingung gegebenen Versprechen, kann man nämlich sagen, liegt in gewissem Sinne selbst wieder das Versprechen die Bedingung zu erfüllen. Auffallend aber wäre jene Form eben darum gewesen, weil dem Processe der Zweck unterliegt, eine bereits geschehene Rechtsverletzung aufzuheben, und es sich nicht damit verträgt, gleichzeitig jenes Recht noch als unangetastet und in seiner Integrität fortwirkend zu denken, wie sich dies in einer direkten Verpflichtung zu jenen das eigentliche Klagrecht bildenden Handlungen aussprechen würde. Dafür nun, dass die hergebrachte Form nicht auf eine derartige Promission gestellt gewesen sei, beruft sich Wetzell auf das Zeugniß des Paullus, ²⁾ welcher als den Inhalt unserer Cautio das Versprechen einer „*incerta quantitas*“, als den der *stip. ex operis nov. nunt.* dagegen das der „*rei restitutio*“ angiebt und diesen Unterschied besonders stark betont. Dieser Ausführung tritt denn nun auch Schlayer ³⁾ durchaus bei. Es ist nun allerdings richtig, dass zwischen den beiden Cautionen eine solche Verschiedenheit statt findet. Der Grund jedoch, weswegen die *stipulat. judicat. solvi* ausschliesslich auf das „*quanti ea res erit*“ gestellt ist, kann nicht der sein, weil sie das *judicium* begründe. Denn eben deshalb würde auch die zweite Judicialstipulation, die *ex operis novi nunt.* nicht wohl die *rei restitutio* zum Inhalt haben können. So spricht also wieder die Fassung der letzteren gegen die der ersteren untergelegte Bedeutung. Wir werden also die Ursache dieser Abweichung irgendwo anders zu suchen haben ⁴⁾. Wetzell selbst restituirt nun folgendermassen:

Quod fundum Tusculanum a te vindicaturus sum ⁵⁾,

1) a. a. O. p. 104.

2) L. 2. §. 1. D. de stip. praet. (46. 5.)

3) a. a. O. p. 39.

4) S. darüber unten.

5) L. 13. D. ult. D. jud. solv.

si is fundus secundum me heredemve meum ¹⁾ a C. Aquilio ²⁾ eove, qui in ejus locum substituatur ³⁾, *judicata (sic) erit neque restituetur, aut si ea res boni viri arbitrato non defendatur* ⁴⁾ *sive hujus rei dolus malus non aberit* ⁵⁾, *quanti ea res est* ⁶⁾ dare spondes!

Hierin ist nun aber Manches mangelhaft. Schon die Anfangsworte „*quod fundum Tusculanum a te vindicaturus sum*“ geben zu mehrfachen Ausstellungen Anlass. Sobald man der Stipulation die von Wetzell vertheidigte Bedeutung beilegt, erscheinen sie allerdings nöthig, indem sie dem „*quanti ea res erit*“ erst seinen concreten Inhalt verschaffen. Dies würde selbst durch das von Schmidt vorgeschlagene „*si res, qua de agitur*“ nicht in gleicher Weise geschehen, denn diese *res q. d. a.* ist ja eben wieder der Rechtsstreit, für den die Stipulation die Grundlage abgeben soll. Wir bewegen uns hier also in einem unauflöslichen Cirkel. Dennoch beruht dieser Beginn der Formel auf einer durchaus willkürlichen Annahme Wetzells, obgleich er sich dafür auf die Autorität des Cujacius berufen kann. Sogar das Fragment, auf welches er zum Beweise dafür Bezug nimmt, dass der Eingang also gelautet habe, ist ihm entgegen; nämlich:

L. 13. §. 1. D. jud. solv. (46. 7.) *Si fuero a fidejussore procuratoris stipulatus judicatum solvi quasi in rem acturus, et postea in personam egero, vel alia actione acturus aliam autem dictavero actionem, non committitur stipulatio, quia de alia actum videtur, de alia stipulatio interposita* (Ulp. Lib. VII. Disp.) ⁷⁾.

Allerdings folgt hieraus, dass die Stipulation sich selbst als irgend eines bestimmten Rechtsstreits wegen interponirt bezeichnete, dass dies aber durch eine derartige Demonstration geschehen sei, kann aus der Stelle nicht gefolgert werden. Hierzu diene die Designation „*Si res, qua de agitur*“, auf welche offenbar die Worte

1) L. 158. D. de V. S. (50. 16.)

2) L. 3. pr. D. jud. solv.

3) L. 20. D. eod.

4) L. 15. D. eod.

5) L. 19. §. 1. D. eod. L. 69. D. de V. S.

6) L. 2. §. 2. D. de praet. stip.

7) Es ist dasselbe, welches Schmidt für seine Restitution anführt. Vgl. auch noch L. 64. §. 1. D. de jud. (5. 1.) — *quia de alia re cautum videtur*.

„*de alia actum videtur*“ hindeuten. Erst durch diese Beziehung erhält das ganze Fragment einen logischen Zusammenhang. Der dafür angeführte Grund, dass die Stipulation nicht verfalle, würde nämlich ohne dies nichts als eine leere Wiederholung des in der Exposition des Falles bereits angeführten Factums sein „*si fuero judicatum solvi stipulatus quasi in rem acturus, et postea in personam egero*“, während er so die Begründung der abgegebenen Entscheidung aus dem Wortlaute der Stipulation enthält. Die Designation *q. d. a.* genügt nun auch vollkommen, die Identität der bezeichneten Klage festzustellen; und eines Mehreren bedarf es bei unserer Ansicht nicht, da das Judicium, auf welches hier verwiesen wird, seinen materiellen Inhalt ja aus der demselben zu Grunde gelegten besonderen Formel empfängt. Der Umstand nun, dass diese Designation ausreiche, um jeden Zweifel über die Identität der Klage auszuschliessen, ist denn auch der Mittelpunkt der von Ulpian an unserer Stelle gegebenen Beweisführung. Wir können dieselbe etwa also paraphrasiren: Die *stipulatio judicatum solvi* verfällt nicht, wenn sie sich Jemand mit Bezug auf eine bestimmte Klage hat leisten lassen und dann zu einer andern übergegangen ist. Dies folgt unmittelbar aus der Fassung der Stipulation; denn die Worte „*qua de agitur*“ bezeichnen doch die Klage, welche der Kläger damals im Sinne hatte; mit der nachher von ihm angestellten Klage steht also die Stipulation in gar keinem Zusammenhange. So wird denn dem Bedürfniss auf eine höchst einfache Weise genug gethan, während eine Demonstration, bei welcher der Inhalt des Klagrechts vollständig angegeben wird, sobald es sich (z. B. bei einer procuratorischen Satisfaction) um eine einigermaßen verwickelte *condictio incerti* handelte, wahrhaft monströs werden musste. Ueberhaupt ist für die Quellenmässigkeit dieses Einganges der Wetzell entschlüpfte Druckfehler: *si is fundus — judicata erit* — bezeichnend genug. Wenn also die Fassung „*si res, qua de agitur*“ die einzig richtige ist, so ist dies umgekehrt ein neuer Beweis dafür, dass die Stipulation keine selbstständige Bedeutung hatte, und daher nicht die Grundlage eines Judiciums bilden konnte, dass sie vielmehr erst in der Anlehnung an ein anderes ausserdem bestehendes einen concreten Inhalt bekommt.

Ebenfalls ohne alle äussere Beglaubigung durch die Quellen, aber in Uebereinstimmung mit dem der Stipulation zugeschriebenen Zwecke schiebt Wetzell ferner die Worte „*neque restituatur*“ nach „*judicata erit*“ ein. — Noch weiter geht Schlayer¹⁾, der im

1) A. a. O. p. 39. Not. 147.

Uebrigen Wetzell folgt, und bringt selbst im direkten Widerspruche mit den bündigsten Quellenzeugnissen ¹⁾ das Erforderniss des Besitzes an der vindicirten Sache bei dem Beklagten in Erwähnung, während bekanntlich die Untersuchung über die Besitzfrage ausschliesslich auf dem *officium judicis* beruhte, und deshalb eine Hinweisung darauf mit ausdrücklichen Worten in einer dem Judicium zur Grundlage dienenden Stipulation in keiner Weise angenommen werden kann. Wollte man aber auch in den betreffenden Worten bloss eine genauere Bezeichnung des *fundus* erblicken, ähnlich dem Ciceronianischen *fundus, qui est in agro* u. s. w., so käme man damit nur aus einer Verlegenheit in die andere, indem alsdann in den Fällen, wo der Beklagte nur *pro possessore* haftet, ein solcher *fundus* gar nicht existiren, und demnach das *quantum ea res est* und damit die ganze Klage inhaltslos werden würde. Freilich ist auch hier wieder Cujacius der Gewährsmann für diese Vervollständigung der Formel gewesen, hat sich aber hier gerade über eine ziemlich gedankenlose Benutzung zu beklagen, da er ja nicht des Sinnes war, die *rei vindicatio* auf diese Stipulation zu gründen.

Eine die Beschränkung der Cautio auf achtzehn Monate aussprechende Clausel fehlt bei Wetzell, und von seinem Standpunkte aus allerdings mit Recht; was bedurfte es einer solchen speciellen Bestimmung, da es sich ja von selbst verstand, dass die Stipulation der Processverjährung unterworfen war, sobald nur die Litiscontestation aus ihr erfolgte. Dies konnte nun aber nicht ausbleiben, indem sie ja einzig oder doch zunächst nur die Formgebung für den Rechtsstreit bezweckte und daher auch erst bei der Einleitung einer Klage erfordert wurde ²⁾. Durch die

L. 10. D. de stip. praet. (46. 5.) *Si praeses, qui ante in triennium caveri jusserat, postea in longum tempus caveri praeceperit, quia a prima stipulatione prorsus discedi voluerit, exceptionem primae stipulationis obligatis peperisse videtur* (Ulp. Lib. I. Resp.)

welche Wetzell selbst von der *stipulatio judicatum solvi* versteht ³⁾, und wo augenscheinlich das *triennium* von den Compilatoren an die Stelle zwar nicht der älteren Processverjährung von achtzehn Monaten, aber doch einer anderen Zeitdauer von gleicher Bedeutung für das *jud. imperio continens* gesetzt ist, wird dagegen

1) S. L. 9. D. de R. V. (6. 1.) und hierzu v. Savigny, System. Bd. VI. p. 77. Not. n.

2) a. a. O. p. 27. a. E. 28. 37. 38. u. A.

3) Ebenda p. 38.

der Beweils der Aufnahme einer solchen Fristbestimmung in die Cautio mit ziemlicher Evidenz erbracht. Wir können hierbei die Frage ganz unerörtert lassen, ob denn wirklich, wie Wetzell annimmt, hier zwei ganz verschiedene Stipulationen gemeint sind, oder blos der in der ersten genannte Termin geändert werden soll, so viel ist sicher, dass ein solcher Termin in ihr genannt wurde, da nach den Worten unserer Stelle die *jussio* des Magistrats ausdrücklich auf einen solchen Zeitraum gerichtet war, ebenso wie es nachher heisst: *praecepit in longum tempus caveri*. Es wäre doch wirklich eine höchst sonderbare Ausdrucksweise, zwei Stipulationen nach den für sie geltenden Zeitgrenzen zu bezeichnen, ohne alle Rücksicht auf ihren sonstigen Inhalt, wenn diese Grenzen nicht namentlich in ihnen angegeben wären und also ein gleich in die Augen fallendes Unterscheidungszeichen für sie abgegeben hätten; ja, diese Bezeichnung wäre nicht einmal richtig gewesen, da die *stip. jud. solvi* noch von der Litiscontestatio an ein volles Triennium laufen würde. Und wieder müssen wir uns fragen, was soll die Erwähnung der Processverjährung, wenn diese doch schon eine unwillkürliche Folge der Litiscontestatio ist? Dürfte man freilich dieselbe Verjährung in der L. 2. D. jud. solv. (46. 7.) *Quum lite mortua nulla res sit, ideo constat, fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri* (Paull. Lib. 71. ad Ed.)

ohne Weiteres wiedererkennen¹⁾, so würde diese Stelle allerdings dafür sprechen, dass mindestens nicht beständig eine ausdrückliche Erwähnung jener Frist in die Formel aufgenommen worden sei; denn alsdann hätte Paullus doch gewiss diesen weit stärker in die Augen fallenden Grund benutzt, als seine Zuflucht zu einer künstlichen Herleitung desselben Resultats aus dem Begriffe der „*res*“ genommen. Eine solche Beziehung ist nun aber wenigstens durch die Stelle selbst nicht geboten²⁾.

Die Möglichkeit einer solchen Beziehung ist aber doch wieder nicht zu läugnen, und es würde sich dann darum handeln, eine Erklärung dafür zu finden, warum in dem einen Falle eine Zeitbeschränkung in die Stipulation aufgenommen wurde, in dem anderen nicht, die Regel und den Grund dieser Verschiedenheit aufzusuchen. Man

1) So Wetzell a. a. O. p. 37. Not. 1. nach A. Faber, Rational. ad Pand. ad L. 18. §. 4. de dolo.

2) Vgl. darüber Keller, Lit.-Cont. §. 18. p. 161. Not. 9. Schon die Glosse stellt es anheim, hier an die Processverjährung oder einen anderen Aufhebungsgrund zu denken, und so auch die späteren Interpreten meistens.

könnte hier zunächst an den Unterschied der *judicia legitima* und *imperio continentia* denken, und meinen, bei jenen habe die Erwähnung einer solchen Frist nicht Statt gehabt, da sie ohnehin seit der *Lex Julia* der Processverjährung unterlagen, wohl aber sei bei den letzteren regelmässig der Zeitdauer des Rechtsstreits gedacht. In der Kaiserzeit nämlich waren sie, und zwar namentlich die Processe in den Provinzen in Folge der unregelmässigen Amtsdauer der Provincial-Statthalter von dieser unabhängig geworden und jeder Verjährung entnommen ¹⁾. Gewiss findet diese Annahme auch noch in der Nennung des *praeses* in L. 10. D. cit., während wir in L. 2. cit. ein Fragment aus dem Commentare des Paulus zum Edict des *praetor urbanus* vor uns haben, eine bedeutende Unterstützung. Dennoch glauben wir, darf man einen derartigen specifischen Unterschied zwischen beiden Klassen von Judicien nicht statuiren. Was, müssen wir immer fragen, konnte denn die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die Cautio für Folgen haben? Auf das Erlöschen des Rechtsstreites selbst konnte dadurch unmöglich eingewirkt werden. Also, entweder dauerte dieser fort, und nur die dem Kläger gewährte Sicherheit ging durch den Zeitablauf verloren, oder der Process war, wie wir dies auch sonst in Uebung finden ²⁾, durch ein dem Richter gestecktes Ziel an gewisse Zeitgrenzen gebunden. Im ersteren Falle ist nicht recht abzusehen, warum der Kläger des ihm durch die Stipulation verschafften Vortheils wieder verlustig gehen sollte, wenn man doch nicht nöthig fand, auch das anhängige Verfahren gleichzeitig aufzuheben. Im anderen musste sich nun der Process in derselben Lage befinden, wie da, wo das Imperium des Magistratus überhaupt aufhörte, indem er ja hier ausdrücklich erklärt, nach einer gewissen Zeit demselben den Schutz seiner Amtsgewalt entziehen zu wollen. Mithin war hier wieder nicht mehr Grund vorhanden, in der Cautio diese Zeit anzuführen, als in früherer Zeit, wo mit der Amtsniederlage auch die Processe, die sich auf das magistratualische Imperium gründeten, sich auflösten, oder bei den *judicia legitima*. Alles also, was wir aus L. 2. D. cit, selbst ihre Beziehung auf die Processverjährung zugegeben, entnehmen können, ist, dass dieselbe nicht constant in der Formel der Stipulation in Bezug genommen wurde.

Endlich ist auch die Fassung „*sive hujus rei dolus malus non aberit*“ keineswegs die einzig mögliche. Dass die *clausula de dolo* auch direkt der Stipulation angeschlossen wurde, geht aus

1) Vergl. Keller, Lit.-Cont. §. 19. L. 49. §. 1. D. de judic. (5. 1.)

2) S. L. 32. D. eod.

L. 19. pr. D. jud. solv. *Novissima clausula judicatum solvi stipulationis: dolum malum abesse abfuturumque esse* (Venulej. Lib. IX. Stipulat.)

unmittelbar hervor. Ebenso, dass dies bei weitem die gewöhnlichere Form war. *Novissima clausula* heisst Schlussclausel, nicht, wie man wohl gewollt, die der Zeit nach zuletzt in die Stipulation aufgenommene ¹⁾. Die *clausula de dolo* war nun aber nicht die Schlussclausel, wenn das „*quanti ea res est*“, nicht minder Clausel genannt ²⁾, auf sie folgte. Sind nun diese, gegen die angeführte Restitution gemachten Ausstellungen wirklich begründet, so ist damit auch ein weiterer Beweis gegen die derselben fälschlich beigelegte Function geliefert, denn wir haben überall gezeigt, wie jene von uns angefochtenen Punkte mit dieser auf das Engste zusammenhängen. Alles das, was wir hier gegen Wetzell geltend gemacht haben, bleibt nun auch grösstentheils dem Rudorffschen Restitutionsversuche ³⁾ gegenüber in Kraft. Die bedeutendsten Abweichungen von jenem finden sich, abgesehen davon, dass er statt des *fundus secundum me judicatus* die *res judicata* aufnimmt, in der *clausula de re defendenda* und der *de dolo*. Die erstere lautet bei Rudorff: *aut quamdiu res defendi potuerit, boni viri arbitratu non defendatur*. Dass jener Zusatz „*aut quamdiu*“ in der Clausel Platz gefunden, geht aus positiven Zeugnissen mindestens nicht hervor, und der Sache nach sagt er denn auch wohl nicht mehr, als schon in dem *boni viro arbitratu defendere* liegt. Die *clausula de dolo* erscheint bei ihm in der Form „*cui rei dolus malus aberit, afuerit*“, die allerdings ebenso wie die von Wetzell aufgenommene noch gewisse besondere Vortheile bot ⁴⁾, nur dass wir auch diese Gestalt nicht als die ausschliesslich in Uebung gewesene betrachten dürfen. Auf die kleineren Unterschiede aber einzugehen, haben wir dem Zweck dieser Abhandlung gemäss von vorn herein ablehnen müssen und glauben uns in dieser Hinsicht, ebenso wie in Betreff der stip. ex o. n. n., die ja nach demselben Schema concipirt gewesen ist ⁵⁾, auf die von Schmidt gegebenen Nachwei-

1) So Wetzell a. a. O. p. 200. Not. l. S. dagegen Rudorff bei Puchta, Instit. §. 232. Not. h').

2) L. 13. pr. D. jud. solv.

3) In dem Note 1. bezeichneten Orte.

4) L. 19. §. 1. D. jud. solv. L. 69. D. de V. S. (50. 16.) Ueber die sonst üblichen Formen der cl. d. dol. vgl. Brissonius a. a. O. p. 571. (Lib. VI. 180.)

5) Voet, Comm. ad Pand. ad Tit. de stip. praet. (46. 5.) No. 3. erklärt die stip. ex o. n. n. sogar nur für eine Species der andern.

sungen beziehen zu dürfen. Freilich ist auch gegenwärtig das letzte Wort über die Formel unserer Stipulation noch nicht gesprochen. So weiss z. B. selbst Schmidt¹⁾ das „*quamdiu res non defendatur*“ der L. 15. D. jud. solv. nicht unterzubringen. Am richtigsten dürfte die Annahme sein, dass die Fassung der Stipulation je nach dem praktischen Bedürfnisse variierte, wie dies von der *clausula de dolo* in der L. 19. §. 1. cit. mit klaren Worten gesagt ist. Und so möchte auch vielleicht das „*quamdiu res non defendatur*“, wenn man es nicht vorzieht, darin nur eine bei Conventionalstipulationen gebräuchliche²⁾ und von den Compilatoren bloß irrthümlich zur *stip. jud. solv.* gestellte Clausel zu erblicken, nichts als eine zweite zur grösseren Sicherheit der Bürgen eingeführte Fassung der *clausula de re defendenda* gewesen sein. Sie hätte dann vollständig gelautet: „*aut quamdiu res boni viri arbitratu non defendatur*“, und den Zweck gehabt, den Fidejussoren eine schon aus den Worten der Stipulation und nicht bloß aus der allgemeinen Clausel *de dolo* abzuleitende Exception zu gewähren, sobald der Beklagte nach einer im Anfang mangelhaften Vertheidigung, und nachdem mit den Bürgen schon *lis contestirt* war, diese nachträglich noch in genügender Weise übernahm. Das Verhältniss der beiden Clauseln war dann folgendes. Aus der ersteren ging hervor, dass dem Beklagten eine *doli exceptio* für diesen Fall zustand³⁾, während es sonst der arbiträren Entscheidung des Richters überlassen blieb, ob eine solche nachträgliche Vertheidigung noch ein *arbitratu boni viri defendere* genannt werden könne, aus der *de dolo*, dass sie in dem bereits anhängigen Rechtsstreit⁴⁾ noch Berücksichtigung finden konnte, sofern man nicht überhaupt schon von dem Grundsatz ausging: „*omnia judicia esse absolutoria*.“

Nachdem wir so die Fassung der *stipulatio judicatum solvi* festgestellt und damit zugleich die oben von uns über das formelle

1) a. a. O. p. 23. Not. 16. Nach einer Mittheilung, die ich der Güte des Herrn G. J. R. Huschke verdanke, würde statt „*quamdiu*“ *quando* zu lesen sein, wodurch in einfacher Weise aller Zweifel gelöst wäre. Nur weil diese Conjectur der handschriftlichen Autorität entbehrt, habe ich den Erklärungsversuch im Texte nicht gestrichen.

2) So die Glosse ad h. l.

3) vgl. v. Savigny, System. Bd. III, §. 127. Not. f.

4) Indem durch die zu Gunsten des Stipulators aufgenommene *clausula de dolo* doch das ganze beiderseitige Verhältniss nach der *bona fides* bemessen wurde. vgl. v. Savigny, System. Bd. V. Beil. XIII. No. 17. Not. d.

Verfahren bei der Interposition derselben angestellte Erörterung vervollständigt haben, können wir uns jetzt mit Sicherheit zur Beantwortung der Frage anschicken, ob und in wie weit die Conception der Stipulation es erlaube, dass sie dem Judicium zu Grunde gelegt werden konnte. Schon in der Form, wie wir diese Frage gestellt haben, ist sehr deutlich ein Zweifel dawider ausgesprochen, ob dieselbe überhaupt zu bejahen sei. Allein wir sind gewiss zu einem solchen Zweifel berechtigt, nachdem wir bereits gesehen, dass die Judicialstipulationen überhaupt, also auch die unsrige wesentlich einen materiellen Zweck hatten, nicht aber den, dem Judicium seine Form zu geben, und nachdem uns auch bei der Construction der Formel schon Fingerzeige genug geworden sind, dass, ein entgegengesetztes Ziel zu verfolgen, nur auf Abwege leiten kann. Wir können mithin auch nur in der Erwartung unsere Untersuchung beginnen, durch dieselbe eine neue Bestätigung der bereits gewonnenen Resultate zu erhalten. Diese werden wir denn auch in Wirklichkeit finden.

Das Nächstliegende würde jedenfalls sein, die aus der Stipulation anzustellende Klage als *condictio incerti* zu behandeln und demgemäss aus ihr die vom Prätor zu ertheilende Formel zu construiren. Diese Behandlung der Sache soll nun zwar nach Wetzell aus historischen Gründen unterblieben und dem Vindicationsprocesse eine *arbitraria formula* untergelegt sein. Im ältesten Verfahren, dem *per legis actionem*, habe der Vindicationsprocess aus zwei gesonderten Theilen bestanden, dem Präjudicium und dem *arbitrium liti aestimandae*. Jenes sei durch das Sacramentum eingeleitet worden ¹⁾ und habe die Entscheidung über das fragliche Eigenthumsrecht herbeigeführt ²⁾. War diese nun gegen die Partei ausgefallen, welche durch die Ertheilung der Vindicien in den Besitz der streitigen Sache gekommen war, so begründete sie für dieselbe auch die Verpflichtung zur Restitution der Sache ³⁾ und deren Accessionen. Will nun der Unterliegende dieser, kraft des Gesetzes eintretenden Verpflichtung kein Genüge leisten, so bleibt, abgesehen von der dem Sieger offen stehenden Selbsthülfe, da das alte Recht eine Naturalexekution nicht kennt, nur ein indirektes Zwangsmittel übrig. Dies ist das *arbitrium liti aestimandae*, welches, weil es sich auf ein Judicat gründet, die Eigenthümlichkeit haben muss, dass bei seiner Einleitung vom Beklagten eine *cautio judicatum solvi* geleistet werden

1) a. a. O. p. 44. ff.

2) Ebenda p. 60.

3) a. a. O. p. 61.

muss ¹⁾. Ein Umstand, der, wenn er auch nicht direkt für den Eigenthumsprocess bezeugt ist, doch durch eine grosse Zahl von Analogien vollständig ausser Zweifel gesetzt wird, indem überall das Miss-trauen gegen den Verklagten, dessen Verbindlichkeit gerichtlich anerkannt ist, einen Aufschub der Zahlung nur dann duldet, wenn Dritte für ihn eintreten ²⁾. Da jedoch die *stip. jud. solvi* nach mehrfachen Zeugnissen dem früheren Rechte nicht angehört, vielmehr die Bürgen, durch welche sie erbracht wird, an die Stelle des alten Vindex getreten sind, so haben wir uns denn für die ältere Gestaltung unseres Processes das Verfahren so zu denken, dass damals noch an Stelle jener Caution das Eintreten eines Vindex Statt hatte, welcher den Beklagten aus der wegen seiner Contumacia gegen ihn zulässigen *manus injectio* befreite und an seiner Statt um ein Schätzungsarbitrium bat ³⁾. Wegen der an der Sache dolose verübten Deteriorationen dagegen war der Sieger neben der gesetzlichen Verpflichtung des Unterliegenden zum Schadenersatz noch durch die von letzterem bei der Verleihung der Vindicien gestellten *praedes litis et vindiciarum* gesichert ⁴⁾. Als nun die Vorzüge des durch die *Lex Aebutia* ursprünglich wohl nur für die Condictionsfälle eingeführten Formularverfahrens es wünschenswerth machten, ihrer auch für die noch unter der Herrschaft der Legisactionen stehenden Prozesse theilhaftig zu werden, bediente man sich hierzu der Sponsionen, welche die Existenz des Eigenthums bei dem einen oder anderen Theile zur Bedingung der Zahlung einer gewissen Summe von der Gegenseite machten ⁵⁾. Dies ist die Form, in der das Präjudicium jetzt zum Austrage gebracht wird. Eine Vereinfachung gegen früher wurde aber dadurch bewirkt, dass man bei der Abwesenheit des pönalen Charakters dieser Sponsion, sie den noch fortbestehenden Vindicien ⁶⁾ nachfolgen liess und sie dem zum Besitzer Bestimmten allein abverlangte ⁷⁾. Genügte dieser nun dem gegen ihn ergangenen Judicate nicht, so wurde er durch die prätorische *missio in bona* zur Restitution oder der Leistung der *cautio judicatum solvi* angehalten, welche dann einem Arbitrium *de lite aestimanda* zur Grundlage dienen sollte ⁸⁾. Wegen des von ihm etwa an der

1) Ebenda p. 63.

2) Ebenda p. 63—66.

3) Ebenda p. 67. 68.

4) Ebenda p. 19. 20.

5) Ebenda p. 69—73.

6) Dasselbst p. 79—81.

7) Dasselbst p. 82.

8) Dasselbst p. 90.

Sache tückischerweise angerichteten Schadens ward aus der bei der Vindicierenetheilung von ihm geleisteten *stipulatio pro praede litis vindiciarum* gegen ihn und die Bürgen eine *actio ex stipulatu* gegeben, denn eine gesetzliche Verpflichtung existirt auch für ihn nicht mehr, seit das neue Verfahren auf einer Anwendung von dem Vindicationsprocesse ursprünglich fremden Formen beruhte¹⁾. So gliedert sich dies Verfahren in drei verschiedene Theile: 1) ein *Judicium* über das Eigenthum aus der Sponsion, 2) ein *Arbitrium*, veranlasst durch die *Contumacia* des Besitzers, eingeleitet durch *stipulatio judicatum solvi*, 3) ein zweites auf Schätzung des durch des Beklagten Dolus zugefügten Schadens, eingeleitet durch die *stipulatio pro praede litis vindiciarum*. Der Abkürzung wegen konnte man nun die Formeln für die Arbitrien zugleich mit der aus der Sponsion ertheilen. Zwar werden hierdurch Ansprüche *in judicium* deducirt, welche noch gar nicht verfallen sind, denn das *Judicat*, welches das *arbitrium liti aestimandae* voraussetzt, ist noch nicht abgegeben, der Dolus, auf den das andere sich gründet, noch nicht begangen. Dennoch liess man sich durch diese Betrachtung von dieser Neuerung nicht zurückhalten, wie nicht nur die Erscheinungen des Verfahrens *per formulam petitoriam* dies beweisen, sondern mehr noch die Analogie der exhibitorischen und restitutorischen Interdicte, wo die *formula arbitraria* auch zu gleicher Zeit mit der *formula sponsionis* gegeben ward²⁾. Hatte man sich hierüber einmal hinweggesetzt, so liessen sich noch weitere zweckmässige Veränderungen vornehmen. Man legte dem Processe das *arbitrium* wegen der *contumacia* des Besitzers zu Grunde, nahm die bisher durch die Klage aus der Sponsion entschiedene Eigenthumsfrage als Bedingung darin auf und fügte endlich das *Arbitrium de dolo*, welches sich ja auch mit einer Schätzung des Streitobjects, wenn gleich nach einer anderen Seite hin beschäftigte, in der Weise bei, dass der Richter zur *Condemnation* des Verklagten auch im Falle seines Dolus angewiesen wurde. In gleicher Weise gestaltete sich die dem ganzen Verfahren nunmehr zu Grunde gelegte *cautio judicatum solvi*, welche zu ihrem alten Inhalte, der *clausula judicatum solvi*, das Versprechen rechter Vertheidigung und eine Entsagung auf jede Arglist und Gefährde aufnahm. Eine blosser Consequenz hiervon war es, dass man die Klage jetzt von vorn herein gegen den Besitzer gab, der sich nunmehr in der Lage befand, als ob der erste Theil des Verfahrens bereits abgelaufen sei und von dem Unterliegenden bereits

1) Ebenda p. 80. 81.

2) p. 91—95. a. a. O.

die Herausgabe des besessenen Streitobjectes verlangt werde ¹⁾. Durch diese allmälige Erweiterung des *arbitrium de re restituenda* und der *cautio jud. solvi* zu ihrem späteren Umfange, ohne dass man eine praktische Veranlassung hatte, die aus Stipulationen regelmässig entstehenden Klagformeln im Einzelnen nachzuahmen, erklärt es sich, dass die Intention der *formula petitoria* nicht auf einen obligatorischen Anspruch, sondern unmittelbar auf des Klägers Eigenthum gestellt ist. Hatte man sich einmal gewöhnt, jenes Arbitrium auch dann noch als solches zu betrachten, als ihm bereits die *cautio jud. solvi* untergelegt worden war, so konnte die Einschlebung der Präjudicialfrage in Form einer Bedingung hierin auch weiter keine Veränderung bewirken ²⁾.

Wir haben hier die Ansicht Wetzells ziemlich ausführlich und vielfach in seinen eigenen Worten dargestellt, um ein möglichst anschauliches Bild davon zu geben, wie er sich die Entstehung jener Eigenthümlichkeit gedacht habe, dass da eine *formula arbitraria* gegeben sei, wo man eine persönliche Klage erwarten sollte, und nur ein paar Mal haben wir uns erlaubt, von der Ordnung abzuweichen, in der er seinen Gegenstand behandelt, und zwar zum Zweck einer grösseren Uebersichtlichkeit. Die unendlichen Schwierigkeiten aufzudecken, welche dieser auf den ersten Blick vielleicht sehr natürlich und wahrscheinlich aussehenden Entwicklung entgegenstehen, das kann hier nicht unsere Absicht sein. Die Besprechung derselben gehört in die Geschichte des Vindicationsprocesses; unsere Aufgabe aber ist wesentlich eine dogmatische, deren Resultat dann erst wieder einer solchen historischen Untersuchung zu Nutzen kommen soll. Deshalb haben wir denn auch diese der unserigen durchaus zuwiderlaufende Anschauung nicht zum Ausgangspunkte genommen. Nicht einmal die angebliche historische Entwicklung der *stipulatio judicatum solvi* insbesondere können wir wegen des vorwiegend dogmatischen Charakters unserer Untersuchung hier weiter verfolgen, zumal dieselbe uns immer wieder auf eine Darstellung der Geschichte des Vindicationsprocesses selbst zurückführen würde. Nur einen Punkt, für den Wetzell einen selbstständigen Beweis zu führen versucht hat und der nicht bloß eine ausschliesslich historische Bedeutung beansprucht, die Annahme, es enthalte die gedachte Stipulation die Sicherung eines bereits abgegebenen Urtheils, werden wir unten ausführlicher zu widerlegen Gelegenheit finden. Im Uebri- gen haben wir die so eben dargestellte Ansicht Wetzells als einen

1) a. a. O. p. 95—97.

2) Ebenda p. 103.

gegen die Konstruktion der Formel aus der *stipulatio judic. solv.* erhobenen Einwand in Betracht gezogen, dessen Prüfung wir nun jedem Einzelnen überlassen müssen. Gesetzt nun aber auch, es liesse sich gegen die von jenem aufgestellte Meinung nichts Erhebliches erinnern, so würde doch immer die Reconstruction der Formel aus der Stipulation ihre Bedeutsamkeit bewahren, indem sich aus ihr das naturgemässe Verhältniss von Stipulation und Judicium am richtigsten wird erkennen lassen, und sie den sichersten Probirstein für die Entscheidung der oben von uns aufgeworfenen Frage abgeben muss, in wie weit es überhaupt möglich war, die Litiscontestatio aus jener Stipulation vorzunehmen. Denn dieser Möglichkeit kann ja doch dadurch kein Eintrag geschehen sein, dass sie aus positiven Gründen nicht zur Wirklichkeit geworden ist.

Unsere Formel wird nun im Anschluss an die im zwanzigsten Capitel der *Lex Rubria* proponirten Beispiele folgende Gestalt gehabt haben müssen:

Quod As. As a No. No stipulatus est ¹⁾, *si res q. d. a. aut a Sempronio judice eove, qui in ejus locum substitutus fuerit, intra annum et sex menses adversus Num. Num. judicata aut boni viri arbitrato defensa non sit, quanti ea res esset, tantam pecuniam dari, dolumque malum abesse abfuturumque esse, quidquid Num. Num. ex ea stipulatione Ao. Ao. dare facere oportet* ²⁾, *ejus judex Num. Num. Ao. Ao. condemnato, si non paret, absolvito.*

Was zunächst auffallen muss, wenn dieselbe zur Formgebung für den Rechtsstreit über das Eigenthum benutzt werden sollte, ist der Umstand, dass die Stipulation zur Zeit der Litiscontestatio noch nie committirt sein konnte, indem der den Verfall derselben bedingende Spruch ja noch nicht abgegeben war. Es hätte also stets die Absolution des Beklagten erfolgen müssen. Denn dass unerachtet der durch die *clausula de dolo* der Klage mitgetheilten freieren Natur, dennoch das erst nach der Litiscontestatio entstehende Rechtsverhältniss nicht berücksichtigt werden konnte, darf nach den Ausführungen v. Savigny's ³⁾ über diesen Punkt wohl als feststehend

1) vgl. Gaius Inst. Lib. IV. §. 40. 47. Puchta Inst. Bd. II. §. 164. p. 102. Not. a. §. 167. p. 138. 139. Keller L.-C. p. 256. Not. 21.

2) Ueber die Auslassung von „*ex fide bona*“ vgl. v. Savigny, System. Bd. V. p. 497. a. Anf.

3) System Bd. VI. §. 262. p. 65—70. Vgl. v. Vangerow, Lehrbuch d. Pandecten. Marburg 1851. Thl. 1. Abth. 1. §. 160. p. 281.

und die desfallsige Streitfrage als erledigt angesehen werden. Dieser Mangel ist denn auch Wetzell¹⁾ nicht entgangen, und er meint, es sei aus diesem Grunde sogar nothwendig geworden, die *arbitraria formula* an die Stelle der auf *quidquid dare facere oportet* gerichteten zu ertheilen, indem die Conditionen allerdings streng nach dem Momente der Litiscontestatio beurtheilt würden.

Es ist nun aber der dieser Behauptung zu Grunde liegende Gedanke vollständig falsch, als habe man sich, wenn auch nicht bei einer Condition, so doch bei einem Arbitrium darüber hinwegsetzen können, „über noch nicht committirte Ansprüche Klagformeln zu ertheilen“, mit anderen Worten, auch noch auf Grund eines erst während des Laues des Processes entstandenen Rechts eine Condemnation des Beklagten erfolgen zu lassen. Die Nothwendigkeit der Absolution in einem solchen Falle ist vielmehr ein überall durchgreifender processualischer Grundsatz, dem auch die Arbitrien unterworfen waren. Das beweist

L. 7. §. 7. D. ad exhibend. (10. 4.) — *ejus qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui, hoc est, et quo lis contestatur, et quo fieret condemnatio.* (Ulp. Lib. 24. ad Ed.)

Die *actio ad exhibendum* war bekanntlich eine *arbitraria actio*, zu deren Begründung ein rechtliches Interesse des Klägers an der Exhibition gehörte²⁾. Das Hervortreten des Interesses nach der Litiscontestatio oder, was dasselbe ist, die spätere Entstehung des Rechtes auf Exhibition soll nun nichts mehr nützen. Dasselbe sagt zwar nur indirekt, aber gerade für den Vindicationsprocess

L. 11. §. 4. D. de except. rei jud. (44. 2.) *Caeterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae dominium mihi tribuat, non me repellet ista exceptio, nisi forte intermissum dominium medio tempore rediit quodam postliminio.* (Ulp. Lib. 57. ad Ed.)³⁾

Diese Stelle spricht zwar zunächst nur von der Möglichkeit der Anstellung eines zweiten Processes. Diese ist aber doch gerade da-

1) a. a. O. p. 103. a. E. p. 91.

2) L. 19. L. 3. §. 11. 14. ad exhib. (10. 4.). Aber nicht jedes Interesse genügt, sondern nur das auf ein Recht an der Sache selbst gegründete L. 3. §. 11. cit. vgl. Puchta, Pand. Leipz. 1848. §. 397. Vorles. Leipz. 1849. ebendas.

3) Vgl. v. Savigny, System. Bd. VI. p. 66—69. Keller L.-C. §. 35. p. 292.

durch gegeben, dass das aus der *causa superveniens* entsprungene Recht der richterlichen Beurtheilung überhaupt nicht unterworfen war, weil es als ein zur Zeit der Litiscontestation noch nicht existirendes auch nicht in das Judicium deducirt sein konnte.¹⁾ Dies geht denn auch aus den von Ulpian angeführten Gründen mit grosser Bestimmtheit hervor

— *alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit. Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.*

Zwar werden im Processe auch Ansprüche berücksichtigt, die als in Judicium deducirt nicht gelten können. So der auf die nach der Litiscontestation entstandenen Accessionen einer Sache, die eben im Streit befangen ist, oder auf deren Restitution, wenn der Beklagte erst später aber noch vor dem Endurtheil in deren Besitz gelangt ist. Hier überall ist es aber nur das factische Verhältniss, welches in Betracht zu ziehen, dem Richter gerade um deswillen erlaubt wird, weil es mit dem eigentlichen Klagrechte wenigstens in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht.²⁾ Betrachten wir z. B. den Fall der Accessionen bei einer vindicirten Sache. Sind dieselben schon vor der Litiscontestation vorhanden, so hat der Kläger mit dem Eigenthum an der Hauptsache auch das an den Früchten behauptet, und in seinem Spruch hat der Judex auch über dieses entschieden. Anders wenn die Erzeugung der Früchte erst nach der L. C. eintrat;³⁾ das Eigenthum hatte in diesem Falle damals noch gar nicht existirt, also auch die Rechtsfrage darnach nicht zur Lösung kommen können, und nur, weil inzwischen das factische Interesse des Klägers an der Restitution sich erhöht hatte, konnte der Richter bei der Condemnation auch sie in Anschlag bringen. Und so sagt denn unsere Stelle allerdings, dass die *nova causa* gar nicht in Judicium deducirt gewesen sei, dass sie also auch der richterlichen Beurtheilung überhaupt nicht unterlegen und im Urtheil keine Berücksichtigung habe finden können. Dass nun für den Fall, wo die *nova causa* zwischen Litiscontestation und Urtheil hinzutrat, irgend etwas Anderes gegolten habe, das ist in unserem Fragmente durch nichts angedeutet, namentlich wenn man damit die Stellen vergleicht, welche

1) L. 23. 35. D. de judic. (5. 1.)

2) L. 30. pr. D. de pecul. (15. 1.) v. Savigny a. a. O. p. 77.

3) L. 7. §. 3. D. de except. rei jud. vgl. v. Savigny a. a. O. p. 508. Not. 0. Keller a. a. O. p. 266. Not. 7.

von der Besitzfrage bei der Vindication handeln, wo stets auf die Zeit des Urtheils verwiesen wird.¹⁾ —

Wenn so der Nachweis, dass es sich mit der Natur des Arbitriums nicht mehr als mit der irgend einer andern Klage vereinigen lässt, einen Spruch über ein noch nicht bestehendes Recht herbeizuführen, schon an und für sich hinreicht, die Annahme Wetzells über das Verhältniss der Stipulation zum Arbitrium als unrichtig darzustellen, so bleibt es uns doch noch übrig die Anwendbarkeit der von ihm angezogenen Analogie, deren wir bereits oben gedachten, etwas näher zu untersuchen. Ganz ebenso wie bei der *actio in rem per sponsionem* zur Vereinfachung des Processganges das durch *stipulatio judicatum solvi* eingeleitete *arbitrium liti aestimandae* sofort mit der Ertheilung der Formel aus der Sponsion ordinirt worden sei, ganz ebenso sei es nach Gaius Bericht²⁾ Sitte gewesen, das *arbitrium de re restituenda vel exhibenda* bei restitutorischen und exhibitorischen Interdicten zu gleicher Zeit mit dem auf die Sponsion gegründeten Judicium zu verleihen. Habe nun hier das Conditionalverhältniss, in welchem Judicium und Arbitrium stehen, die Verbindung beider nicht gehindert, warum solle denn im Eigenthumsprocesse etwas Anderes gegolten haben! Diese Eigenthümlichkeit, noch nicht committirte Ansprüche *in judicium* zu deduciren und wirksam *litem* über sie zu contestiren, sei nun auch in das neue Verfahren übergegangen, dem ja jenes *arbitrium liti aestimandae* ausschliesslich noch zu Grunde liege, nachdem es die anderen Bestandtheile des Vindicationsprocesses in sich aufgenommen. Nur zwei Abweichungen fänden bei dieser Analogie statt, die aber doch für die Beweiskraft derselben ohne Einfluss seien. Die eine bestehe darin, dass diese Zusammenziehung von Judicium und Arbitrium nicht wie bei dem Interdictsverfahren nothwendig gewesen sei, sondern erst speciell habe erbeten werden müssen, woraus das Stillschweigen des Gaius³⁾ über diese Abkürzung des Verfahrens bei seiner Darstellung des Sponsionsprocesses sich leicht erkläre.⁴⁾ Der zweite Unterschied sei der, dass nur das *arbitrium liti aestimandae* nicht aber das *de re restituenda vel exhibenda* durch *cautio jud. solvi* seine Gestaltung erhalten habe, obgleich es scheine,

1) vgl. z. B. L. 17. l. 18. L. 9. pr. de exc. rei jud. (44. 2.) L. 8. pr. D. ratam rem hab. (46. 8.) al.

2) Inst. Lib. IV. §. 165.

3) Gai Inst. Lib. IV. §. 91.—95. Wetzell selbst citirt hier wohl nur durch einen Druckfehler §. 90.

4) a. a. O. p. 91. Not. 1.

als habe hier derselbe Grund zur Leistung einer solchen Caution vorgelegen wie im Eigenthumsprocesse, wenn auch hier das Arbitrium sich auf das aus der Sponsion zu ertheilende Judicat stützte, dessen Sicherung gerade der Zweck jener Caution wäre. — Es sei nun aber doch das letztere wirklich der Fall, und also die Vollgültigkeit der Analogie dargethan, und daher nur nach einer Erklärung dafür zu suchen, warum man im Interdictsprocesse die Leistung der Caution nicht verlangt habe ¹⁾. — Ein Punkt der uns hier ferner liegt, und den Wetzell, beiläufig gesagt, dadurch erledigt, dass er meint, bei dem *arbitrium de re rest. v. e.* handle es sich nicht um die Leistung eines Judicats, sondern um die Ausführung eines prätorischen Befehls, den der Richter über die *formula sponsionis* nur wiederhole; zu einer besonderen Sicherstellung des Klägers läge also kein Grund vor ²⁾. —

Wir können nun freilich Wetzell gern einräumen, dass die Leistung oder Nichtleistung der *stip. jud. solv.*, ohne uns indessen mit der von ihm dafür gegebenen Erklärung einverstanden zu bekennen, die Beweiskraft der Analogie an sich nicht schwächen würde, wäre er uns nur nicht den Beweis für das Dasein einer Analogie so ganz schuldig geblieben. Es ist vielmehr lediglich ein Irrthum desselben, wenn er glaubt, das *arbitrium de re rest. vel exh.* im Interdictsprocesse habe zu dem Urtheile aus der Poenalstipulation ganz in demselben conditionalen Verhältnisse gestanden, wie das *arbitrium liti aestimandae* zu der Sentenz über das Eigenthum. Ein Blick auf die Formel des ersteren lehrt das Gegentheil. Sie lautet nach der von Huschke ³⁾

1) vgl. das. p. 91—96.

2) s. darüber oben p. 40. Not. 5.

3) Studien d. R. R. p. 8. Schmidt Interd. p. 258. construirt die Formel allerdings anders: *Si Aulus Agerius Numerium Negidium sponsione vicit, neque is rem, q. d. a. Ao. Ao. ex arbitrato tuo restituet, quanti ea res erit.* — Die von ihm für diese und gegen die Huschke'sche Fassung geltend gemachten Gründe haben uns indessen nicht überzeugen können. Dass die Klage auf das Interesse von der Entscheidung über die Sponsion abhängig dargestellt, in einem Falle auch schon durch den Namen dieser Klage (*secutorium judicium*) angedeutet wird, zeigt zunächst nur auf die materielle, nicht aber auf die formelle Abhängigkeit der Klage von dem *sponsione vicere* hin. Wenn ferner Cicero in der Rede für den Cäcina den Streitpunkt dahin feststellt: „*sponsio facta est: de hac sponsione vobis judicandum est,*“ so erklärt sich dies einfach dadurch dass der Process, in welchem Cicero hier auftritt, eben nur der Sponsionsprocess war, dem jenes *arbitrium* erst nachfolgen sollte. Etwas bedenklicher sieht aller-

gegebenen und von Wetzell einfach angenommenen Restitution also:

Si paret, Numerium Negidium Aulum Agerium contra edictum illius praetoris eo, unde dejectus erat, non restituuisse, nisi arbitrio tuo restituit, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio, quanti ea res est, condemna.

Es heisst hier nicht „*si judicatum erit*,“ sondern, „*si paret*“ ein Umstand, der von der Abgabe der Sentenz wohl zu unterscheiden ist. Freilich ist dies dieselbe Bedingung, von welcher auch das Urtheil aus der Sponsionsformel abhing.

Si fundum, unde tu me vi deiecisti, contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos dare spondes ¹⁾

So muss nach Gaius ²⁾ die Sponsion selbst gefasst gewesen sein. Gewiss hat also der Ausfall der Klage aus der Sponsion auch den des Arbitriums bedingt. Eben deswegen gab der Prätor denselben Richter für beide, und darum waren wir auch berechtigt, die das Interdict einleitenden Sponsionen für Präjudicialsponsionen zu erklären, die nur daneben auch noch ihren pönalen Character bewahrt hätten. Diese Abhängigkeit war aber doch nur eine processualische. Der Anspruch der Dejicirten auf Restitution erhielt, wie wir oben gesehen haben, seine materielle Begründung nicht durch das Urtheil aus der Sponsion, sondern durch einen selbstständigen Act des Prätors, welcher die Parteien nöthigte, auf die *formula arbitrii* hin die Litiscontestation vorzunehmen. Der Anspruch also, der durch dies *arbitrium* geltend gemacht werden sollte, war schon mit dessen Ordination

dings die Darstellung bei Gaius aus (IV. §. 165.) *sed actor sponsionis formulae subjicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut, si sponsione vicerit, nisi ei res exhibiatur aut restituatur (adversarius, quanti ea res sit, condemnetur.)* Die nicht eingeklammerten Worte sind hier als völlig sicher anzusehen. Dass Gaius bei ihnen auf die Formel des Arbitriums eine unmittelbare Beziehung nimmt, ist nicht zu läugnen: ebenso gewiss ist es aber, dass er die Formel desselben hier nicht construiren will, und so kann es denn kein Befremden erregen, wenn er statt der umständlicheren formellen Bedingung „*si paret N. N. A. A. contra edictum illius praetoris eo, unde dejectus erat non restituisset.*“ die einfache materielle „*si sponsione vicerit*“ erwähnt, — wobei wir zur Vermeidung von Missverständnissen nur noch bemerken wollen, dass die hier „materiell“ genannte Abhängigkeit der Klage, doch immer eine processualische, und insofern wieder formelle ist.

1) Vgl. Huschke a. a. O. p. 8. Puchta Instit. Bd. II. §. 169. p. 151.

2) Gai. Inst. IV. §. 165.

existent. Ganz anders verhält sich dies mit einem *arbitrium liti aestimandae*, welches zu seiner Entstehung unbedingt einen bereits gefällten Urtheilsspruch voraussetzt, indem es eben die Schätzung seines Inhaltes zum Objecte hat. Und gewiss hat denn auch dies materielle Abhängigkeitsverhältniss, sei es durch die *legis actio*, sei es durch die Formel, einen ihm entsprechenden Ausdruck gefunden. Zu untersuchen, in welcher Weise dies geschehen, würde uns hier zu weit führen. Mag dem nun aber auch sein, wie ihm wolle, schon der Begriff eines *arbitrium liti aestimandae* bringt es nothwendig mit sich, dass, wenn dasselbe zugleich mit der Litiscontestation in der Hauptsache ordinirt wurde, dadurch noch nicht existente Rechte der richterlichen Entscheidung unterzogen werden mussten. — Es ist also hiermit ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Arbitrien nachgewiesen. Bei den Interdicten entstanden die durch das Arbitrium zu verfolgenden Ansprüche schon mit der Ertheilung von dessen Formel, im Eigenthumsprocesse dagegen erst mit dem Urtheil aus der Sponsion. Daher kann denn für die Annahme ¹⁾, es sei im letzteren Falle in derselben Weise wie dort die Litiscontestation aus der *formula arbitrii* und der Sponsionsformel zu gleicher Zeit vorgenommen, jenes als Analogon nicht angeführt werden. Unter diesen Umständen aber, und namentlich bei dem offenbaren Widerspruche eines solchen Verfahrens gegen die in Betreff derartiger Verhältnisse sonst herrschende Regel ²⁾, erhält das Schweigen des Gaius über die Möglichkeit, den Process in dieser Weise abzukürzen, ein doppeltes Gewicht. Sie fand überhaupt nicht Statt. — Ebensowenig, um dies noch in der Kürze zu berühren, ist dies auch in der neuesten Gestalt des Vindicationsprocesses *per formulam petitoriam* der Fall. Das Arbitrium, aus dem sie, das muss eingeräumt werden, unbezweifelt hervorgegangen ist, hat seinen Character als Würdungsinstanz eines schon zuerkannten Rechtes völlig verloren, und erst dadurch, dass man die *stipulatio judicat. solvi* in der Weise, wie Wetzell es thut, zur Grundlage des Vindicationsprocesses macht, drängt man diesem das bereits abgestreifte Gewand ohne Noth und gezwungen wieder auf. Die Behauptung, der Process sei auch jetzt noch in seinem innersten Wesen ein *arbitrium liti aestimandae* ³⁾, bildet somit einen Theil des von

1) Eine zweifelhafte Vermuthung nennt sie Keller Civ. Proc. p. 112. Not. 325.

2) In allgemeiner Fassung fanden wir dieselbe ausgesprochen in L. 23. und L. 35. D. de judiciis (5. 1.)

3) Wetzell a. a. O. p. 95. 103.

jenem zu führenden Beweises und kann desshalb selbst nicht wieder zum Beweise dienen. — So würden denn also bei einer Verurtheilung aus der oben von uns construirten Formel wider alles positive Recht und ohne irgend eine Analogie künftige Ansprüche in *Judicium* deducirt werden, und natürlich müsste denn ein jedes auf die *stipulatio jud. solvi* gegründete Verfahren, sei die Form desselben, welche sie immer wolle, an dem gleichen Mangel leiden.

Aber noch mehr, die Formel enthält unter den von Wetzell gemachten Voraussetzungen nicht nur einen Verstoss gegen das Römische Processrecht, sondern auch einen inneren logischen Widerspruch. Erst nach einem ungünstigen Urtheile soll die Stipulation verfallen. Der Beklagte kann also nicht eher condemnirt werden, ehe nicht wirklich das *Judicat* gegen ihn abgegeben ist. Dies soll nun aber gerade in der auf jene Stipulation gegründeten Klage erfolgen. Um also eine Verurtheilung aussprechen zu können, müsste es möglich sein, ein und dasselbe Verfahren zu gleicher Zeit zu beenden und anzufangen. —

Eine ganz gleiche Bewandniss hat es nun mit der *stipulatio ex op. nov. nunt.*, bei der die völlige Analogie aller Verhältnisse so sehr auf der Hand liegt, dass wir, eine weitere Ausführung derselben zu geben, wohl nicht erst nöthig haben. Es ist daher nur eine aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit zu ziehende Folgerung, wenn Schmidt¹⁾ in den Fällen, wo die Stipulation dem Nuntianten erst eine Klage gewähren soll, wie bei der Verletzung von Baugesetzen, durch welche nur ein öffentliches Interesse gewahrt, nicht aber dem angrenzenden Nachbarn schon ein eigenes *privates* Recht eingeräumt worden war, die Entscheidung der Frage, ob gegen ein solches Gesetz gefehlt sei, nicht dem auf die Stipulation gegründeten Verfahren, sondern einem Präjudicium zuweist: *an contra edictum principis (od. legem etc.) aedificatum sit*; ganz ebenso wie auch sonst der Nuntiant nach geleisteter Caution auf das ihm zustehende gewöhnliche Rechtsmittel beschränkt war²⁾. — Eine ganz andere Ansicht hat nun Puchta³⁾ von dieser Stipulation. Er glaubt, sie habe überhaupt einen doppelten Zweck gehabt. Einmal habe sie zur Einleitung des Processes über das Recht des Nuncianten, den Bau zu verbieten, dann aber auch zu seiner materiellen Sicherung gedient. — Schon die Verbindung dieser beiden Functionen

1) Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. a. a. O. p. 42.

2) Auch hier war man früher wie bei der Stip. j. s. darüber einig, dass lediglich ein materieller Zweck verfolgt werde.

3) Inst. Bd. II. p. 149, Kl. civilist. Schriften p. 529.

führt einen grossen Uebelstand mit sich. Den nämlich, dass wegen der processualischen Consumtion wenigstens zur Zeit der klassischen Jurisprudenz entweder das streitige Recht zwischen dem Nuntianten und Nuntiaten selbst nicht zum Austrage gebracht werden konnte, oder dass der Nuntiant auf die aus der Satisfaktion hervorgehenden Vortheile, die Haftung der Bürgen verzichten musste. Es fiel daher stets einer der ausgesprochenen Zwecke der Caution fort. Eine Inconvenienz, welche, um dies beiläufig zu bemerken, in gleicher Weise auch die Wetzellsche Auffassung der *stipulatio judicatum solvi* trifft, da auch nach ihr derselben die doppelte Aufgabe untergelegt wird, zugleich dem *arbitrium liti aestimandae* seine Form zu geben und auch den Erfolg der Klage materiell zu sichern ¹⁾. Bei der Betrachtung der einzelnen Clauseln werden wir hierauf nochmals zurückkommen. — Man darf hiergegen nun auch nicht die Analogie der Cautionalstipulationen einwenden, wo in der That entweder nur mit den Bürgen oder nur mit dem Caventen processirt werden konnte.

L. 7 . D. de fidej. et nomintur (27. 7.) ²⁾. *Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierant, atque ideo stipulanti promiserunt, se reddituros, quod ab eo servari non potuisset, placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi.* (Papin. lib. III. Resp.)

Dafür war aber wenigstens die Formgebung des zwischen den ursprünglich obligirten Theilen zu führenden Rechtsstreits nicht die Aufgabe dieser Stipulationen. — Ueber einen Mangel an juristischer Consequenz darf man sich also nicht beklagen. Etwas anderes ist es, wenn man nach der herrschenden Sitte, es unanständig fand, den Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen. Dies ist etwas ausserhalb der ersten Berechnung liegendes; an Gegenmitteln, einen reellen Verlust des Gläubigers zu verhüten, hat es aber auch hier, wie gerade unsere Stelle zeigt, nicht gefehlt. (Vgl. hierüber Huschke in d. Zeitschr. f. gesch. R. - W. Bd. XIV. Ciceros Forderung an Dolabella p. 60. ff.)

Wenn wir nun aber hiervon für den Augenblick absehen wollen und uns fragen, wie denn wohl die *stip. ex op. nov. nunt.* zur

1) Die formelle Function wird besonders betont p. 95—103. 163. ff. 271. die materielle p. 65. ff. p. 91—93. u. a. Auch Schläger befindet sich hier mit Wetzell im gleichem Falle.

2) Vgl. hierzu Keller a. a. O. §. 52. p. 437. Not. 5.

Einleitung des Processes über das Baurecht, dergestalt, „dass aus ihr mit einer *conditio incerti* auf die Restitution des Opus geklagt wurde“ habe dienen können, so wäre dies augenscheinlich am einfachsten dadurch bewerkstelligt worden, wenn man die von dem Nuntianten behauptete Rechtsverletzung, welche sein Gegner durch Anstellung des Baues ihm angeblich zufügte, als Bedingung des Versprechens in die Stipulation aufnahm. So geschah es bei der *cautio damni infecti*, welche gleichfalls durch *operis novi nuntiatio* erzwungen werden konnte ¹⁾, und aus der dann unzweifelhaft mit der *conditio incerti* verfahren wurde, nur dass hier statt des Rechts ein Factum die Bedingung bildete, da das Recht selbst erst durch die Interposition der Caution geschaffen wurde. Schmidt ²⁾ restituirt sie also:

Si quid aedium q. d. a. loci operisve vitio ³⁾ *intra hos quinque annos* ⁴⁾ *acciderit* ⁵⁾, *sive quid sibi* ⁶⁾ *ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur* ⁷⁾, *quo aedibus meis*

1) L. 16. 17. D. de O. N. N. (39. 1.)

2) a. a. O. p. 21.

3) L. 24. §. 2. 5. 6. 12. L. 15. §. 3. L. 17. §. 4. L. 24. §. 9. D. de damn. inf. (39. 2.)

4) L. 4. pr. §. 1. L. 7. pr. L. 13. §. 15. L. 15. §. 7. L. 19. §. 1 eod.

5) L. 24. §. 9. eod.

6) Das *sibi* rechtfertigt Schmidt durch die Lesart „*non videtur sibi ruere*“ in L. 43. pr. D. damn. inf., wonach auch in L. 18. D. ratam rem hab. (46. 8.) so wie in den Worten der Stipulation in jener Stelle *sibi* zu corrigiren sei für das dort stehende *ibi*. Es bedeute „von selbst,“ ein Sprachgebrauch, für den ein zweites Beispiel nachzuweisen ihm allerdings nicht möglich sei. Wäre aber „*ibi*“ die richtige Lesart, so müsste auch das durch eine äussere Gewalt Gestürzte die Stipulation verfallen machen. Allerdings ist „*ibi*“ unrichtig, weil es für die Entscheidung des Alphenus Varus kein bestimmendes Moment abgiebt, also ganz bedeutungslos wäre. Deshalb conjicirt Haloander *n. v. id ruere*, aber auch ohne Noth. Es ist bei der Florentinischen Lesart „*n. videri sibi ruere*“ stehen zu bleiben. Seiner Ansicht nach (*n. v. sibi*), sagt Alphenus, stürze das nicht zusammen, was der Wind auseinanderreisst. So ist die Stelle denn auch im deutschen Corpus juris von Sintenis übersetzt. „Es scheine ihm dasjenige nicht einzustürzen.“ Jedenfalls ist die vorgeschlagene Emendation der L. 18. cit. unthunlich, indem dort das „*ibi*“ als Ortsbestimmung zu *scindetur fodietur etc.* nicht entbehrt werden kann. In den von mir verglichenen älteren Ausgaben habe ich übrigens nirgends die Lesart „*videtur sibi r.*“ gefunden, sondern überall nur „*videri sibi*“ oder „*videri ibi*.“

7) L. 18. D. ratam rem hab. (46. 8.)

*damnum fiat*¹⁾, *tum a te vel a successoribus tuis, iisque ad quos ea res pertinebit*²⁾, *quantum eas res erit*³⁾, *tantam pecuniam dari*⁴⁾ *spondes*⁵⁾).

Hier fehlt jede Beziehung auf ein vorangegangenes Judicat oder eine gehörige Defension. Aehnlich denkt sich denn auch G. Hasse⁶⁾ die *stip. ex op. nov. nunt.* concipirt, d. h. unter der Bedingung „*si injuria id factum esse apparebit*, und der Clausel *id nisi restituatur*, jedoch mit Berücksichtigung mangelhafter Vertheidigung;“ und eine ähnliche Fassung — etwa von der *clausula de re defendenda* abgesehen — mag denn auch wohl Puchta im Auge gehabt haben, wenn er der Stipulation die Formgebung für den Process über das nuntiantische Verbotungsrecht zuweist. — Es geht nun aber unseres Erachtens unbedenklich aus der bereits oben von uns angeführten

L. 21. §. 2 D. de O. N. N. (39. 1.) *Habet autem ista stipulatio conditionem, ut ita demum committatur, si judicatum fuerit, sive ante rem judicatam causa quae acciderit, neque res defendatur. Et de dolo malo subjicitur clausula* (Ulp. Lib. 80. ad Ed.).

hervor, dass sie alle drei Clauseln, die *de re judicata* nicht minder als die anderen enthalten, habe⁷⁾. So würde also derselbe Widerspruch, den wir in der Formel aus der *stipulatio jud. solvi* fanden, auch hier sich wiederholen. —

Wir haben bei der bisherigen Erörterung stillschweigend vorausgesetzt, dass das „*judicata erit*“ der *stipulatio jud. solvi* sich auf die Endsentenz beziehe. Dies ist nun freilich Wetzells Ansicht nicht. Er versteht darunter das Urtheil in der Klage aus der Sponsion, aus welchem im Processe *per formulam petitoriam* die Pronuntiatio geworden ist. Eine scheinbare Unterstützung hierfür gewährt der Umstand, dass in der *stip. ex op. nov. nunt.* schon nach dem Wortlaute derselben nur ein Präjudicium über das fragliche Prohibitionsrecht unter jenem Ausdrucke sich erkennen lässt, wenn man überhaupt von der Voraussetzung ausgeht, die Caution habe die

1) L. 18. §. 7. L. 19. §. 5. D. de damn. inf.

2) L. 24. §. 1. eod.

3) L. 28. §. 1. eod. L. 2. §. 2 D. de stip. praet. (46. 5.)

4) L. 3. pr. D. ratam rem hab.

5) L. 19. §. 1. D. jud. solvi (46. 7.)

6) Rhein. Mus. für Jurisprud. Bd. III. p. 620. 621.

7) Vgl. Brisson, de formul. p. 395. Donellus Comm. jur. civ. Lib. XVIII, c. 14. §. 6. Wetzell a. a. O. p. 101. u. A. m.

Formgebung für den Process über das *jus prohibendi* zum Zwecke gehabt. — Dennoch wird durch diese Beziehung der innere Widerspruch, den wir in unserer Formel fanden, nicht aufgehoben, indem es nicht minder widersinnig ist, eine Condemnation davon abhängig zu machen, ob der Rechtsstreit, in dem sie erfolgen soll, schon ganz oder erst zum Theil beendet ist. Es ist ein irrationales Verhältniss, wenn Jemand durch die eigenthümliche Gestaltung des Processrechtes selbst genöthigt wird, von vorn herein noch nicht verfallene Ansprüche einzuklagen, während doch auch diejenigen, welche für den einmal angestellten Process die Möglichkeit, solche Ansprüche zu berücksichtigen, behaupten, dabei immer nur an ein Nachgeben von der Strenge des Rechtes dachten, und gewiss weit entfernt waren, in einem solchen Verhältniss eine regelmässige Rechtsbildung zu erblicken. Der ganze Gewinn also, den man durch diese veränderte Interpretation erlangt, besteht einzig darin, dass man einer logischen eine rechtliche Unmöglichkeit substituirt. — Hiernach muss es denn auch seine volle Rechtfertigung finden, wenn wir von der *stip. ex op. nov. nunt.* in gleicher Weise wie von der *stip. jud. solv.* behauptet haben, es liege ein Widerspruch darin, in dem Ausdruck „*judicatum erit*“ ein Urtheil zu finden, welches erst in dem aus ihr anzustellenden Processe erfolgen kann, obgleich gegen die Annahme, es sei damit das Endurtheil gemeint, schon die Worte derselben sprechen. — Diese oben stillschweigend von uns vorausgesetzte Annahme, es sei eine Endsentenz damit gemeint und also eine solche, die durch ein schon vor dem Beginn der Stipulationsklage beendetes Verfahren erzielt worden ist, lässt sich für unsere beiden Stipulationen nun auf das Bestimmteste beweisen. Wir beginnen mit der *stipulatio judicatum solvi*.

Man könnte zunächst die Frage aufwerfen, ob denn die Pronuntiatio, die ja nur als Interlocutoria erscheint, überhaupt ein Judicatum sei. Dies ist nun aber jedenfalls zu bejahen.¹⁾ So heisst es von ihr in L. 58. D. de R. V. (6. 1.) *judicium facere secundum petitem;* in L. 57. cit. und L. 58. D. de H. P. (5. 3.) *judicare secundum petitem.* In L. 20. §. 6. D. eod., in L. 3. §. 3. D. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.) §. 2. I. de off. jud. (4. 17.) *judicare adversus possessorem*²⁾. Ebenso braucht das „*quanti ea res est*“

1) S. Wetzell a. a. O. p. 159. 108. vgl. über die Pronuntiatio überhaupt Keller L. C. §. 27—31. namentl. p. 213—215. Wetzell §. 18. 19. p. 107—110. Zachariä in d. Zeitschr. für gesch. R.-W. Bd. XIV. p. 95—126. v. Savigny, System Bd. VI. p. 318—320.

2) Vgl. Keller L. C. §. 71. p. 587. Not. 4.

dem blossen Wortlaute nach keinesweges auf eine bereits ausgesprochene *pecuniaria condemnatio* oder die im *arbitratus judicis* auferlegten Verpflichtungen bezogen zu werden, sondern kann sehr passend, ebenso wie diess bekanntlich in der *formula petitoria* der Fall ist, das aus der Anerkennung des klägerischen Eigenthums abzuleitende Geldinteresse, also eine erst festzustellende *pecuniaria condemnatio* bezeichnen. Anders schon, wenn man nach dem Zusammenhange forscht, in welchem diese Clausel hier steht. Die *res*, um deren Geldwerth es sich hier handelt, ist — wenn wir den Augenblick einmal von der Möglichkeit darunter ein zweites *judicium* zu verstehen, ganz absehen wollen, — doch keine andere als die *quae agitur*, also der gesammte Vermögenswerth der Stipulation, nicht bloss der, welcher unmittelbar der Pronuntiatio zugeschrieben werden kann; wobei wir jedoch bemerken müssen, dass wir zu diesem Schlusse nur mittelst unserer Restitution der Formel, nicht aber von der Wetzells aus gelangen können, nach welcher dieselbe anhebt: „*Quod fundum Tusculanum a te vindicaturus sum, si is fundus* etc., wo der *res q. d. a.* weiter keine Erwähnung geschieht. — Noch weniger ist der Name „*judicatum solvi stipulatio*“ mit der Beziehung auf die Pronuntiatio zu vereinigen. Die Solution eines Judicats kann nur in Folge einer wirklichen Verurtheilung Statt finden. Die Pronuntiatio ist nun wohl ein Urtheil, aber keine Verurtheilung; sie ist nur ein Ausspruch über die Existenz des subjectiven Rechts. Deshalb wurde im älteren Process, wo dieser Ausspruch in einem abgesonderten Verfahren erfolgte, ein *arbitrium liti aestimandae* gegeben, um eine förmliche Verurtheilung des Unterliegenden herbeizuführen. — Eine specielle Beziehung auf die Geldcondemnation wird nun aber in folgender Stelle genommen.

L. 9. D. jud. solv. (46. 7.) *Judicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem, in tantum enim committitur, in quantum judex pronuntiaverit.* (Ulp. Lib. 14. ad Ed.)

Der *stipulatio* wird hier eine *expedita quantitas* zugeschrieben, offenbar als Ausnahme von der Warnung des *Venulejus* in L. ult. D. de praet. stip., sich vor den auf „*quanti ea res est*“ gestellten Stipulationen zu hüten, da die Ermittlung des Interesses oft sehr schwierig sei und darum einen dem Benachtheiligten höchst ungünstigen Ausgang nehmen könne. Eine *expedita quantitas* hat nun die Pronuntiatio keinenfalls enthalten. Sie entscheidet, wie wir bereits oben sagten, nur über die obschwebende Rechtsfrage. So heisst es ausdrücklich in

L. 35. D. de act. emt. vend. (19. 1.) — *quia non est de*

jure servitutis in rem actione pronuntiatum — (Ulp. Lib. 70. ad Ed.) ¹⁾

Selbst von dem Arbitratus Judicis, der überhaupt erst eine Verurtheilung enthält und auf eine *quantitas* geht, lässt sich der Ausdruck *expedita quantitas* nicht gebrauchen. Ganz einfach dagegen erklärt sich jenes Fragment, wenn wir das *pronuntiare* des Richters nicht von der technischen Pronuntiatio, sondern von der Condemnation im Endurtheil verstehen ²⁾. Freilich erhebt sich hier eine andere Frage, ob denn wirklich die Stipulation unter allen Umständen, also auch aus der *clausula de re defendenda* und *de dolo* auf die Condemnationssumme verfalle. Eine Beantwortung derselben werden wir weiter unter zu geben versuchen. Jedenfalls ist nämlich die Interpretation des Fragmentes, welche wir so eben aufgestellt haben, schon dem Wortsinne nach die einzig mögliche ³⁾, und — um diess vorweg zu bemerken — für die *clausula de re judicata* auch völlig richtig, die von uns angeregte Frage also eine *cura posterior*. Zwar hat Wetzell ⁴⁾ eine abweichende Erklärung der Stelle gegeben. Er hält die „*expedita quantitas*“ unter Bezugnahme auf L. 54. §. 1. D. de V. O. ⁵⁾ für einen Ausdruck, in welchem noch eine bedeutsame Nebenbeziehung liege, die auf die Theilbarkeit des Gegenstandes der Stipulation, welche dadurch herbeigeführt werde, dass sie auf das vom Richter in Geld anzuschlagende Interesse des Klägers verfalle. Das *pronuntiare* des Judex ist ihm demnach das Urtheil in dem auf die Stipulation selbst gegründeten Processe. Man könnte nun hiernach meinen, der Jurist hätte uns also vielleicht darauf aufmerksam machen wollen, dass dem endlichen Effect nach die

1) Ueber die bei der Pronuntiatio gebrauchten Formeln vgl. die von Zachariä a. a. O. p. 101. 102. gesammelten Stellen.

2) *Pronuntiare* wird nämlich auch für *condemnare* gebraucht, vgl. L. 46. D. de V. S. (50. 16.) L. 71. 73. 74. D. de judic. (5. 1.) L. 1. D. de re judicata. (42. 1.) und Zachariä a. a. O. p. 97. 98.

3) Unter allen mir bekannten Erklärungen ist keine einzige, die unser Fragment nicht auf eine Geldcondemnation bezöge, nur darin weichen sie von einander ab, dass sie theils an das Urtheil im Vorprocesse, theils an das aus der Stipulation denken. Ein Zwiespalt, der sich schon in der Glosse findet. Einstimmig sind sie aber wieder in der Annahme, es handle sich hier um eine *certa quantitas*, bis auf Wetzell.

4) a. a. O. p. 260. 261.

5) *Solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre, aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur.*

Theilung der Obligation keine Schwierigkeit mache, ähnlich wie die Glosse ¹⁾ hierin den Satz findet, die ursprünglich auf eine *incerta quantitas* gerichtete Stipulation erhalte durch das Urtheil eine *certa pecunia* zum Object. Dieser Deutung steht nun aber schon das entgegen, dass Ulpian hier eine Eigenschaft der Caution hervorgehoben haben würde, die sie mit jedem anderen Klagrechte gemein hat, die Umwandlung in einen Geldanspruch durch die Condemnation, und bei der Wetzellschen Interpretation von *exped. quant.* insbesondere noch der Umstand, dass ein Versprechen, zu leisten, *quantum ea res est*, von vorn herein auf Geld, wenn auch gerade nicht auf eine *certa pecunia* gerichtet und darum unbedingt theilbar ist. — Wenigstens wäre diese Auffassung unserer Stelle, wenn wir davon ausgehen, dass sie sich auf das Urtheil aus der Stipulation bezieht, obgleich sie in Wahrheit auch schon aus sprachlichen Gründen auf das Entschiedenste zu verwerfen ist, doch noch dem ersten Anscheine nach die den Worten des Textes entsprechendste. Sehr viel weiter entfernt sich nun aber Wetzell von dem natürlichen Sinne desselben, wenn er im Folgenden ²⁾ seine Ansicht dahin erläutert, die *stipulatio jud. solvi* sei auch noch vor der Condemnation theilbar, weil sie auf das Interesse ver falle. Obgleich nämlich die Handlungen, welche den Verfall der Caution bedingen und in gewisser Weise dem natürlichen Gegenstande anderer Obligationen vergleichbar seien, an sich untheilbar erschienen, so dass, wenn auch nur theilweise nicht erfüllt sei, das Interesse vollständig ver falle, so könne denn doch durch einen vom Zuthun der Parteien unabhängigen Umstand im Resultate auch eine Theilung jener bedingenden Leistungen herbeigeführt werden. Dies trete namentlich ein bei dem Tode des ursprünglichen Promittenten oder Stipulators, wo dann, da das *judicium ipso jure divisum* ist, die mehreren Erben des ersteren in den Stand gesetzt seien, *pro parte* zu vertheidigen, die des letzteren, eine solche theilweise Vertheidigung anzunehmen. Ähnlich in anderen Fällen. Hier habe nun die Richtung der Obligation auf das Interesse zur Folge, dass dies nur in soweit gefordert werden könne, als der Kläger wirklich benachtheiligt sei. — Wir wollen hier auf das eigentliche Sachverhältniss nicht weiter eingehen; so viel ist auf den ersten Blick klar, dass Ulpian den Inhalt der Stipulation nicht um deswillen eine *expedita quantitas* nennt, weil der Judex angewiesen sei, auf das Interesse zu pronuntiiren, sondern weil der Inhalt von Stipulation und Judicat derselbe ist. Es kommt

1) Gl. Vel. dic. ad h. 1.

2) a. a. O. p. 261—265.

ihm hier nicht auf die Qualität, sondern auf die Quantität dessen an, was den Gegenstand des Urtheils ausmacht. Ueberhaupt ist bei dieser Auslegung nicht recht abzusehen, warum jenes Resultat aus der Thätigkeit des Richters abgeleitet werden soll. Die Richtung auf das Interesse hat die Obligation von Anfang an. Und erst dadurch, dass man mit Wetzell den Schwerpunkt desselben verrückt und ihn unrichtiger Weise in die bedingenden Handlungen legt ¹⁾, erhält es den Anschein, als ob mit der Einklagung der Forderung ihr Charakter sich ändere. — In Wahrheit deutet nun aber auch jene „*expedita quantitas*“ nicht im Entferntesten auf die Theilbarkeit hin ²⁾. Und wenn in der L. 54. cit. von einer „*expeditissima solutio*“ die Rede ist, so heisst das doch nur, „die Leistung ist leicht vollziehbar,“ wobei der Jurist keinesweges ausschliesslich an die Theilbarkeit der Geldcondemnation gedacht hat, wie dies die Schlussworte jener Stelle beweisen „*aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur*,“ wo jenes Prädicat auch noch am rechten Orte sein soll. — Somit kann denn auch hier in der „*expedita quantitas*“ nicht jene „tiefere Nebenbedeutung,“ wofür es zudem an allen aus der Beschaffenheit des Falles unterstützend hinzutretenden Nebenmomenten fehlt, sondern nur eine leicht zu ermittelnde Quantität gefunden werden.

Gleichmässig heisst es ferner bei Gaius ³⁾, wie in den Justinianischen Institutionen ⁴⁾, die Stipulation sei interponirt:

ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.

Hier wird die Litisästimation ausdrücklich als der Klage aus der Stipulation vorangehend genannt, während sie nach Wetzell erst eine Folge dieser Klage sein könnte. Eigenthümlich ist nun der Ausweg, auf dem er dies Zeugniß nicht nur zu beseitigen, sondern sogar noch für sich zu deuten sucht. Gaius, meint er ⁵⁾, drücke sich über die Frage nicht recht klar aus; seine Darstellung passe nicht ganz auf die *stipulatio judicatum solvi*, weil im neuesten Verfahren, bei dessen Einleitung sie vorkomme, das Präjudicium

1) Vgl. v. Savigny, Obligationsrecht Bd. I. Berlin 1851. §. 31. p. 326. ff.

2) S. v. d. Pfordten a. a. O. p. 44. Schlayer a. a. O. p. 253. Not. 207. wo er der gedachten Ansicht der Glosse folgt.

3) Gai. Inst. Lib. IV. §. 89.

4) In principio Tit. Inst. Just. de satisdat. (4. 11.)

5) a. a. O. p. 100. 101.

einen für sich bestehenden Process nicht ausmache. Dennoch sei seine Vorstellung von der Sache vollkommen richtig. Der Kläger könne, wenn nach gefällter erster Sentenz weder restituirt, noch die Litisästimation freiwillig geleistet werde, das Judicat ebensowohl gegen den Besitzer als gegen die Bürgen verfolgen. Diese Wahl habe er nach Gaius eben aus der geleisteten Caution, welche folglich auch dem zwischen Kläger und Besitzer anhängigen Judicium zu Grunde liegen müsse. — Schwerlich möchte nun aber unser Jurist eine von den Parteien beliebte Abfindungssumme *litis aestimatio* genannt, oder die Freiwilligkeit dieser Vereinbarung durch *sufferre* haben andeuten wollen. Endlich ist schon die Unklarheit, an welcher die Darstellung des Gaius leiden soll, ein gewiss genügender Gegengrund gegen eine die Unklarheit erst in die Stelle hineintragende Interpretation. Der Sinn desselben ist nämlich einfach folgender: Wenn der Beklagte weder die Sache selbst (*arbitratu judicis*) restituirt, noch die Litisästimation leistet, so hat der Kläger aus der Stipulation die Wahl, den Verklagten und Verurtheilten entweder selbst oder auch seine Bürgen zu belangen und zwar mit der *actio ex stipulatu*. Dass ihm nämlich diese noch neben der *actio judicati* zustand, sagt mit einfachen Worten:

Paull. rec. sent. Lib. V. tit. 9. §. 3. *Quoties judicatum solvi stipulatione satisdatur, omissa ejus actio rei judicatae persecutionem non excludit* ¹⁾

und deutlicher noch die schon oben erwähnte und von uns benutzte L. 38. §. 2. D. de solut. (46. 3.) — *eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse, argumento esse, quod cum judicatum solvi satisdatum est, et damnatus reus solvit, non solum actione judicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fidejussores liberentur.* (African. Lib. 7. Quaest.)

Nach Wetzells Vorstellung von der Stipulation wäre dies eine reine Unmöglichkeit, indem das Judicat, d. h. die Condemnation, in Folge deren dann die *actio judicati* gegeben wird, ja gerade in der aus der Stipulation angestregten Klage gefällt werden soll.

1) Vgl. v. Savigny, System. Bd. VI. §. 258. p. 28. Note I. Schon Cujacius hebt zu der angeführten Stelle des Paulus, sowie zu L. 5. D. de V. O. (Tom. I. col. 1163.) dies nachdrücklich hervor. Nicht minder Donellus (Comm. jur. civ. Lib. XVIII. c. 14. §. 18.). Ihnen folgen viele Andere, z. B. Borcholten l. l. c. II. §. 163 i. f. Pothier l. l. Tom. IV. p. 298. Note 4. vgl. auch L. 28. D. de proc. (3. 3.)

Ganz ebenso wie von der *stip. jud. solv.* heisst es nun auch von der *ex op. nov. nunt.* in

L. 12. D. de O. N. N. (39. 1.) *Ex operis novi nuntiatione si caveatur, tanti stipulatio committitur, quanti judicatum sit.* (Paull. Lib. 13. ad Sabin.)

Auch hier muss sich die Stipulation auf ein abgegebenes Endurtheil bezogen haben, nicht auf eine Interlocutoria. Es soll nämlich jenes Urtheil nach den Worten unserer Stelle eine Quantität enthalten (*quanti judicatum sit*). Dies schliesst jedes der Pronuntiatio im Vindicationsprocesse ähnliche Urtheil aus, mag man sich übrigens unser Verfahren gestaltet denken, wie man will. Ebenso lässt es der Ausdruck an unserer Stelle nicht zu, den *arbitratus judicis* darin zu erkennen, wie wir denn auch materielle Gründe gegen eine solche Auffassung noch weiter unten werden kennen lernen. Es bleibt uns demnach nur die Beziehung auf eine Endsentenz übrig, so dass also unter jener Quantität offenbar ein Geldquantum gemeint ist. Hier haben wir nun wie oben die Wahl, in jenem Judicate die Definitiva im Vorprocesse oder in dem aus der Stipulation selbst angestellten Rechtsstreite zu erblicken. Wie völlig verfehlt aber an dieser Stelle eine Interpretation sein würde, wie Wetzell sie von der L. 9. D. jud. solv. giebt, wo sie durch die wenn auch höchst gezwungene Deutung der „*expedita quantitas*“ doch noch einen Schein von Annehmbarkeit erhielt, es sei die Richtung der Stipulation auf das Interesse durch jene Worte bezeichnet, das bedarf hier weiter keiner näheren Ausführung. Um nichts besser ist die Erklärung, welche uns auch bei dieser Gelegenheit in der Glosse begegnet¹⁾, unsere Stelle wolle nur sagen, durch die Condemnation des Beklagten werde der eigentliche Inhalt der Stipulation erst definitiv festgestellt. Auf diese Weise lässt man Ulpian nicht nur eine Trivialität sagen, sondern giebt ihm auch — und dieser Vorwurf trifft in dieser Weise alle diejenigen, welche in der L. 9. D. jud. solvi wie an der uns gegenwärtig beschäftigenden Stelle unter dem Judicat das aus der Stipulation erlassene verstehen, also Wetzell in nicht geringerem Maasse wie die Glosse — einen von dem gewöhnlichen durchaus abweichenden Sprachgebrauch Schuld. Wir können hier wohl einfach des Donellus²⁾ Worte zum Beweise anführen: *Committi enim dici-*

1) *Si nuntiavi tibi novum opus et satisdedisti: quaeritur in quantum stipulatio committatur, et certe dicitur, quod per sententiam postea super hoc ferendam apparebit.* (Gl. ad L. 12. D. de O. N. N.)

2) *Comm. jur. civ. Lib. XVIII. c. 14. §. 6.* (Tom. XII. p. 50. edit. Bucher, Norimb. 1829)

*tur omnis stipulatio sub conditione contracta tunc, cum conditio stipulationis existit, ut exinde agi possit*¹⁾. Mit einem Wort, *stipulationem committere*²⁾ oder *stipulatio committitur* bezeichnet den Eintritt der Bedingung, von der die Existenz der Stipulation abhängig gemacht ist, den Zeitpunkt, an welchem sonach diese selbst eine definitive Wirksamkeit erhält, nie aber den, wo das Object derselben durch die Condemnation in einen Geldanspruch umgewandelt wird. Auf den letzteren aber muss nun sowohl Wetzell wie die Glosse bei ihren Erklärungen diesen Ausdruck beziehen.

Müssen wir hiernach unter dem Judicat, dessen unser Fragment erwähnt, das Urtheil erkennen, welches in dem über das *jus aedificandi* geführten Vorprocesse ausgesprochen ist, so sagt uns unsere Stelle zugleich, dass der Inhalt dieses Urtheils auch für die Stipulation massgebend werde, ganz so wie wir oben für die stip. jud. solvi dasselbe Resultat erhalten haben. Auch hier müssen wir denn die Frage, wie sich dies für die *clausula de re defendenda* und *de dolo* etwa modificire, einer späteren Erörterung überlassen. Haben wir es doch zunächst mit diesen Stipulationen nur als Ganzen zu thun, wofür gerade die *clausula de re judicata* das eigentlich charakteristische Moment abgiebt. Jedoch selbst was diese Clausel anlangt, scheint eine andere Stelle mit dem von uns gewonnenen Resultate nicht in Einklang zu stehen, indem nach ihr die Stipulation vielmehr einen von dem erlassenen Urtheile, welches ja natürlich nur auf eine *certa pecunia* gehen konnte, vollständig unabhängigen Inhalt haben soll, die *restitutio operis*. Es ist diess:

L. 21. §. 4. D. cit. *Sive autem res judicetur, sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut viri boni arbitrato res restituatur. Quodsi ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit* (Ulp. Lib. 80. ad Ed.)³⁾.

Wenn wir bloss formell die Sache betrachten, so ist es denn auch durchaus wahr, dass ganz abgesehen von dem möglichen Inhalte des Urtheils, welches über die Frage entscheiden sollte, *an jure aedificatum sit*, die Stipulation auf die Restitution und, falls diese nicht erfolgt, auf das aus der Unterlassung erwachsene Interesse committirt wird. Sehen wir aber genauer zu, so wird der Sache nach doch nur höchst selten eine solche Unabhängigkeit der

1) Vgl. §. 4. J. de V. O. (3. 15.)

2) Auch das Activ findet sich z. B. L. 95. D. de solut. (46. 3.) Vgl. auch Dirksen, Manuale s. v. committere §. 5.

3) Vgl. L. 2. D. de stip. praet. (46. 5.)

Stipulation von dem Urtheil eintreten können; nämlich nur dann, wenn die von dem Nuntianten angestellte Vorklage nicht auf die *restitutio operis* gerichtet ist. War sie dies, so ist ja schon in der Condemnation das Interesse des Klägers vollständig veranschlagt worden. Man kann also, wenn man von der processualisch allerdings statthaften Möglichkeit absieht, in der Stipulationsklage von jener ersten Schätzung abzugehen, was factisch indessen wohl höchst ausnahmsweise vorkommen möchte, den Inhalt der Stipulation und des Urtheils in allen diesen Fällen identificiren. Was nun aber jene Ausnahmen anlangt, so hat auf eine derselben schon G. Hasse¹⁾ aufmerksam gemacht, wenn gleich zunächst zu einem andern Zwecke. Es sei bei einem *opus novum in loco publico* die Repromission erzwungen worden, um gegen die Erben des Nuntiaten mit dem *interdictum demolitorium* auf die Destruction selbst, nicht bloss auf die *patientia restituendi* klagen zu können. Allerdings läuft hierbei ein Irrthum mit unter. Durch die Leistung der Repromission wird die Anwendbarkeit des *interdictum demolitorium* von vorn herein vollständig ausgeschlossen. Die Klage über das *jus prohibendi* des Nuntianten kann daher auch nicht in dieser Form abgesetzt worden sein; dennoch hat die Klage, in welcher es sich um das Recht, auf öffentlichem Grund und Boden zu bauen, handelt, einen pönalen Charakter. *Tuemur*, sagen unsere Quellen²⁾, *leges constitutionesque principum*, so dass die Restitution selbst als Strafe erscheint und *in poenam heres non succedit*; er würde also nur zur *patientia* verbunden sein. — Im Resultate hat demnach auch Hasse vollständig Recht³⁾. — Einen zweiten hierher gehörigen Fall führt Schmidt⁴⁾ an. Die Caution habe unter Umständen überhaupt erst dem Nuntianten ein Recht verschaffen sollen, wenn z. B. Baugesetze polizeilicher Natur, die das Interesse des Nachbarn vorläufig nicht im Auge hatten, und ihm darum auch kein privates Recht ertheilen konnten, von dem Nuntiaten übertreten waren. — Endlich kann man drittens auch wohl noch folgendes Verhältniss hierher ziehen. Es gab eine Zeit, wo Servituten nur durch streng civile Acte bestellt werden konnten, deren Anwendung auf den Provinzialboden natürlich unzulässig war. Man half sich hier durch eine Stipulation, in welcher man sich die ungehinderte Ausübung der einzelnen aus der Servitut fliessenden Befugnisse versprechen liess und sich durch eine

1) a. a. O. p. 624. 625.

2) L. 1. §. 17. L. 5. §. 9. D. de O. N. N.

3) Vgl. Schmidt a. a. O. p. 40. 41.

4) A. a. O. p. 42.

Conventionalstrafe sicherte. Erst später gab der Prätor in solchen Fällen eine *utilis confessoria actio* ¹⁾. Die Klage also, die man bis dahin gegen den Promittenten hatte, war meist nur die *Condictio* der verheissenen *Poena*. Liess man nun, wo der Inhalt einer *servitus praedii urbani* in dieser Weise stipulirt war, die *operis novi nuntiatio* von Seiten des Berechtigten zu — bei *servitutes praediorum rusticorum* geschah dies bekanntlich nicht ²⁾, aber auch für jene können wir eben nur die Möglichkeit des Nuntiationsrechts behaupten — so erhielt der Nuntiant erst durch die in Folge dessen zu leistende *Cautio* das Recht auf die *restitutio operis*. — Regelmässig dagegen ist schon die Vorklage hierauf gerichtet. Das Recht nämlich, dessen Verletzung der Nuntiant behauptete, konnte entweder ein dingliches sein, oder in einem obligatorischen Ansprüche bestehen. Im ersteren Falle stand ihm je nach Lage der Sache die *actio confessoria* oder *negatoria* offen. Beide waren *arbitrariae actiones* ³⁾, die als solche zunächst den Zweck hatten, die Restitution, also hier die *restitutio operis* zu vermitteln. Bei obligatorischen Ansprüchen hingegen war, wenn wir von dem oben berührten, aber immer noch zweifelhaften Falle absehen, sicher jede *operis novi nuntiatio* unzulässig ⁴⁾. Was endlich das *interdictum quod vi aut clam* betrifft, welches ja auch auf die Restitution eines *opus* geht, so kann von diesem hier nicht die Rede sein, weil es ebenso wie das *interdictum demolitorium* mit Ableistung der *Cautio* wegfällt ⁵⁾. Unter diesen Umständen ist denn auch in der *Condemnation* im Vorprocesse überall schon das Interesse des Klägers an der Wiederherstellung des früheren Zustandes wahrgenommen, so dass es zu dessen Ermittlung einer besonderen Liquidationsinstanz nicht erst bedarf. Und in sofern ist es denn auch ganz richtig, wenn es heisst, die *Stipulation* verfalle auf die *Judicatssumme*, wenn auch eine *condictio certae pecuniae* aus ihr nie hergeleitet werden konnte, sondern die *Intention* des Nuntianten immer auf „*quidquid N. N. dare facere oportet*“ lauten musste, soweit er es nicht vorzog, wozu ihn ja zunächst die *Stipulation* berechtigte, nochmals direct die Restitution des *opus* zu fordern. Doch konnte auch in diesem Falle der endliche Ausgang des Processes natürlich stets bloss eine *pecuniaria condemnatio* sein. Und gerade darum, weil die Klage

1) S. Puchta, Inst. Bd. II. §. 256. p. 812, 813.

2) L. 14. D. de O. N. N. und dazu Puchta, Pandecten §. 396. Not. c.

3) Vgl. Keller Civ. Proc. §. 28. p. 118, 119.

4) L. 5. §. 9. D. de O. N. N.

5) L. 7. §. 2. D. q. vi aut cl.

aus der Stipulation endlich doch zu einer Geldcondemnation führen muss, liegt kein Widerspruch darin, die Bürgen auf den Inhalt derselben zu verpflichten. Selbstverständlich wird von ihnen der Nuntiant von vorn herein die Judicatssumme verlangen, weil sie ohnehin zur Naturalrestitution in der Regel nicht im Stande sein werden. Man darf also auch aus der Verpflichtung der Bürgen zur Restitution nicht mit Wetzell ¹⁾ den Schluss ziehen, die Stipulation habe der Klage über das im Streite befangene Baurecht zur Grundlage gedient. Denn nicht nur, dass dem practischen Resultat nach das *opus restituere* immer nur auf eine Schadloshaltung hinausläuft, so lassen sich, selbst wenn man die Stipulation nur in ihrer Function als Judicialstipulation betrachtet, nach dem Vorgetragenen doch die Gründe, aus denen die Verpflichtung zur Restitution kein unnützer Zusatz ist, leicht auffinden. Es sollte der Nuntiat, auch wo die Vorklage nicht unmittelbar diess Object verfolgte, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verbunden sein. — Wenn nun also nur in sehr vereinzeltten Fällen der Inhalt der Stipulation von dem des Urtheils im Vorprocesse verschieden ist, so kann man es Paulus wohl nicht zum Vorwurf machen, dass er ihn in Pausch und Bogen als denselben angiebt. Ja, die kleine, hierin liegende Ungenauigkeit verschwindet vollständig, wenn wir annehmen dürfen — und die Natur der Sache führt uns mit Nothwendigkeit darauf hin — dass man in jenen Ausnahmefällen der Mühe eine Schätzung vorzunehmen, die doch ohne einen wirklichen Nutzen bleiben musste, sich lieber ganz überhoben habe, und die Frage nach der Existenz des angeblich verletzten Rechtes in einem Präjudicium, also durch ein Urtheil ohne alle Condemnation erledigt worden sei. Ueberdiess war bei einer Nuntiation zum Schutze von Polizeigesetzen ein anderer Weg gar nicht vorhanden, und also nur in den beiden anderen Fällen, von denen zudem der eine nur auf einer Conjectur beruht, wäre man von dem gewöhnlichen Wege abgegangen. Für entschieden unrichtig aber würden wir es halten, wenn man umgekehrt die Hypothese aufstellen wollte, man habe sich begnügt, im Vorprocesse überhaupt nur über das Prohibitions-Recht zu erkennen und die ganze Abschätzung der Stipulationsklage zugewiesen. So lange die beiden von uns als Vorklagen bezeichneten Actionen, die *confessoria* und *negatoria*, ihre Natur nicht ganz veränderten, konnten sie nur in einer Condemnation oder Absolution endigen; und ein reeller Vorthail wäre durch eine solche Verstümmelung nicht einmal erreicht worden, denn die Mühe der Aestimation war ja doch nicht zu umgehen und konnte durch ein längeres Hinaus-

1) A. a. O. p. 101. 102.

schieben höchstens erschwert werden. Nur wo, wie unter den von uns gemachten Voraussetzungen in Wirklichkeit eine Ersparniss an Zeit oder Kräften zu ermöglichen war, mag man in jener kürzeren Form auf das Ziel zugegangen sein. Aber auch hier musste sich die ganze Gestaltung des Processes immer noch nach den gerade vorliegenden Umständen richten. So wird z. B. bei einer unverhältnissmässig hohen Conventionalstrafe im Fall einer stipulirten Servitut der Kläger die Einforderung derselben gewiss vorgezogen und nur bei eintretender Insolvenz des Nuntiaten sich mit der Klage auf das Interesse gegen die Bürgen gewandt haben. Wir haben in unserer bisherigen Erörterung nachzuweisen gesucht, wie im Allgemeinen die Condemnation aus der Stipulation und aus der Vorklage auf dasselbe Geldquantum ausfallen müsse, weil bei beiden der abzuschätzende Gegenstand derselbe, nämlich die *restitutio operis* sei. Je mehr uns aber dieser Nachweis gelungen sein sollte, desto stärker muss sich uns die Frage aufdrängen, wie man denn nun dazu gekommen sei, dem Kläger allgemein die nochmalige Forderung der *restitutio* zuzugestehen; denn dass nicht bloss jene wenigen Fälle, in denen diese Forderung eine selbstständige Bedeutung hatte, den Grund für diese Richtung der Stipulation abgeben konnten, liegt zu sehr auf der Hand, als dass man nicht wünschen sollte, in irgend welchen anderen Verhältnissen eine genügende Erklärung für diese Eigenthümlichkeit zu finden. In älterer Zeit hat man den Unterschied zwischen der Klage auf die Restitution des *opus* und der auf das Interesse wohl so gefasst, als ob im ersteren Falle der Beklagte durch einen unmittelbaren Zwang zur Naturalrestitution genöthigt worden sei, und nur wenn der Kläger das Interesse gefordert habe, der Nuntiat sich mit einem Geldquantum habe abfinden können. So sieht z. B. Donellus¹⁾ die Sache an. Abgesehen indessen davon, dass für das ältere Recht eine derartige Hülfsvollstreckung nicht zu behaupten ist, so kommen wir der eigentlichen Frage dadurch noch um nichts näher. Vielmehr steht es wieder zu beantworten, warum man denn jene Execution nicht schon in der gleichfalls auf das *restituere* des *opus* gerichteten Vorklage habe vollziehen lassen. — Wir müssen es uns gestehen, wenn wir, wie wir bisher davon ausgingen, die Stipulation diene als Judicialstipulation dazu, den materiellen Erfolg des Judiciums zu sichern, so immer nur diese eine Function derselben betrachten,

1) Comm. Lib. XV. c. 46. §. 24. *ut intelligamus, si prius ei placet, pecuniam eum petere posse et in eam quantitatem stipulationem committi; si non placet, omnimodo manu et vi praetoria opus restituendum.*

werden wir uns eine genügende Aufklärung über diesen Punkt kaum geben können. Denn die Sicherung des Judiciums wäre gewiss am einfachsten und besten dadurch herbeizuführen gewesen, dass man die Satisfactio auf die Judicatssumme stellte. — Wir dürfen nun aber nicht vergessen, dass die Unterordnung der *stipulatio ex op. nov. nunt.* unter die Judicialstipulationen nur eine Abstraction der Theorie ist, zu der die Verhältnisse des lebendigen Verkehrs doch immer Stoff und Grund darboten. Gehen wir aber auf diese zurück, so wendet uns freilich unsere Stipulation eine ganz andere Seite zu. Der Nachbar verletzt angeblich durch einen Bau das Recht seines Nachbarn. Dieser tritt dazwischen und der Bau muss einstweilen ruhen. Hierdurch konnten aber für den ersteren erhebliche Nachtheile entstehen, und er verspricht desshalb — dem Urtheile, was sein Nachbar gegen ihn erstreiten werde, Genüge zu thun? Gewiss nicht. Das Nächstliegende und Natürlichste ist nur eine Versicherung, wieder niederzureissen, was er inzwischen aufbaue, wenn er wirklich im Unrecht sein sollte. Daher ist auch in der Formel der Caution nur von der *restitutio operis* als dem principalen Gegenstande der Obligation die Rede. Hieran etwas zu ändern hatte man nun um so weniger Veranlassung, als diese Fassung nicht unerhebliche Vortheile für den Nuntianten im Gefolge hatte. Die *restitutio operis* ist ebenso wie die Aufführung desselben eine untheilbare Handlung¹⁾. Dieser Umstand verlieh dem Nuntianten das Recht, wenn der Nuntiat inzwischen gestorben war, dennoch jeden einzelnen von seinen Erben auf den vollen Inhalt der Stipulation zu belangen, und also auch von ihm, wenn er siegte, sein volles Interesse einzufordern²⁾, während bei einer Klage, die von vorn herein auf „*quanti ea res est*“ gerichtet war, jeder einzelne Erbe nur *pro rata hereditaria* verhaftet gewesen wäre. Diess heben die Römischen Juristen auch deutlich genug hervor:

L. 2. §. 1. de stip. praet. (46. 5.) *Rei restitutionem (sc. continent stipulationes) sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur; ideoque sive reus sive actor decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo, totum opus restitui debet; quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.* (Paull. Lib. 73. ad Ed.)

besonders wenn es nun im Folgenden von den auf eine *incerta quantitas* gestellten Stipulationen heisst — *in quibus respondetur,*

1) L. 2. §. 1. D. de stip. praet. L. 21. §. 5. h. t.

2) Vgl. Savigny, Obligationsrecht §. 34. p. 356—365.

scindi eas in personas heredum. — Ebenso sind denn auch für den Fall, wo der Nuntiant mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, diese, wie dies auch unser Jurist sagt, dadurch vortheilhafter gestellt, dass sobald nur einer derselben gesiegt hatte, damit auch die Rechtsbeständigkeit der ganzen Obligation anerkannt war ¹⁾. Wir haben also unsere Frage vielmehr umgekehrt zu stellen. Wie ging es zu, dass man dem Stipulanten einräumte, sofort das Interesse der unterlassenen Restitution einzufordern, da doch naturgemäss das Versprechen nur diese selbst zum Objecte haben konnte. Der Grund hiervon ist der, — und nach dem Obigen wird diess auch ohne eine weitere Erörterung klar sein — dass man sich nicht gemüssigt fand, die Folgen der Contumacia des Beklagten gegen den in der *confessoria* oder *negatoria* vom Richter ergangenen *jussus de restituendo* wieder aufzuheben, wenn nicht der Kläger selbst dies wünschte, zumal im anderen Falle ihn leicht eine Einbusse treffen konnte, indem der Sachwerth der Restitution das Interesse noch nicht erreichte, und ihm so nur die *actio judicati* gegen den Nuntiaten übrig geblieben wäre, die Bürgen aber noch immer durch die Naturalrestitution ihrer Verbindlichkeit erledigt wurden. Wenn wir so die Gründe aufgefunden haben, welche die *rei restitutio* als den nothwendigen Inhalt unserer Stipulation erscheinen lassen, so ist damit zugleich definitiv allen den Folgerungen begegnet, welche Wetzell aus der Erwähnung derselben für die Natur der Stipulation zu ziehen versucht hat, nachdem wir oben mehr vorläufig verschiedene Einwendungen gegen die Zulässigkeit dieser Schlüsse von der Auffassung der Stipulation als Judicialstipulation ausgehend erhoben haben.

Diese verschiedenen Gesichtspunkte, die man für die Beurtheilung der *stip. ex op. nov. nunt.* einnehmen kann, haben indessen auch für deren Inhalt eine grössere Bedeutung. Wollen wir also die Natur unserer Stipulation genau erkennen, so werden wir hierbei noch einen Augenblick verweilen müssen. Geht man nämlich davon aus, dass es sich bei der Interposition der Stipulation nur darum gehandelt habe, den Nuntianten bloss in soweit zu sichern, als er durch die *remissio nuntiationis* etwa in Nachtheil gerathen könnte — ein Standpunkt, der namentlich in der L. 21. §. 1. D. de O. N. N. festgehalten wird, so musste es genügen, die Caution ausschliesslich auf die Restitution des nach der Nuntiation Gebauten zu beschränken; umgekehrt, wenn man das besonders betont, dass die Stipulation, *ut judicium ratum fiat*, geleistet werde, ein Gesichtspunkt der ja die Zutheilung derselben zu den Judicialstipulationen herbeigeführt hat.

1) Vgl. v. Savigny Obl.-R. §. 35. p. 371.

Das *Judicium* nämlich, welches gesichert werden soll, ist, wie wir oben sahen, die *actio confessoria* oder *negatoria*, welche sich nun nicht bloss auf das *opus post nuntiationem factum*, sondern auf die ganzen rechtlichen Folgen erstrecken, die aus dem Urtheil *non jure aedificatum esse* abzuleiten sind, d. h. namentlich auch auf die Restitution des gesamten Baues. Hiernach müsste denn auch die Caution den Nuntiaten verpflichten, das *opus* ohne Unterschied, ob es vor oder nach der Nuntiation errichtet ist, wieder abzubauen. — Es ist dies ein Punkt, der unseres Wissens einer genaueren Berücksichtigung bisher noch nicht theilhaftig geworden ist. Unsere Juristen haben sich gemeiniglich darauf beschränkt, entweder einfach anzugeben, der Nuntiat hafte aus der Caution für die Wiederherstellung des nach der Nuntiation Gebauten ¹⁾, oder auch, der Gegenstand der Stipulation sei die Wiederherstellung des früheren Zustandes, der Nuntiat verpflichte sich, Alles in den vorigen Stand zu setzen, und was dergleichen ähnliche Ausdrücke mehr sind ²⁾, wobei es immer noch nicht deutlich ist, welches denn nun der vorige Stand eigentlich sei, oder was man unter dem früheren Zustande zu verstehen habe. Am deutlichsten ist noch die Ansicht Puchtas zu erkennen, der, wenn er sich anders consequent bleiben will, die Caution mindestens für die Zeit der Formularjurisprudenz sich auf das ganze *opus* gestellt denken muss. Seiner Meinung nach soll sie dem Process über das Prohibitionsrecht selbst zur Grundlage gedient haben. Daher treten denn auch alle die Gründe, welche wir für die zur Sicherung der *confessoria* oder *negatoria* bestimmte Satisfaction geltend gemacht haben, auch hier wieder in Wirksamkeit. — Und so haben wir uns denn auch schon oben dahin erklärt, dass wir der Stipulation jenen weiteren Umfang einräumen zu müssen glauben, gestützt auf die Einreihung derselben unter die Judicialstipulationen und das ausdrückliche Zeugniß der L. 12. D. de O. N. N. (39. 1.) die wir, nachdem wir vorher dargethan haben, dass das in ihr gedachte Judi-

1) So Donellus Comm. Lib. XV. c. 46. §. 25. *Non tamen de toto opere restituendo cavetur hac stipulatione, sed de opere, quod novum factum erit post nuntiationem.* Voët. Comm. in h. t. No. 10. *Continetque in se promissionem de destruendo opere novo, quod deinceps a remissionis impetratae tempore exstruendum erit.* Hasse a. a. O. p. 624. Heimbach in Weiskes Rechtslexicon Bd. VII. p. 600. Schmidt a. a. O. p. 22. u. A.

2) So Göschen Vorlesungen II. p. 619. Puchta Pand. §. 396. p. 543. Vorles. Bd. II. p. 327. Sintenis Civilrecht Bd. II. §. 124. Not. 59. p. 762. u. A.

cat nur das Erkenntniss in der Hauptsache sein könne, nun wohl unbedenklich zum Beweise für dessen Umfang benutzen dürfen. So einfach nun auch hiernach die Sache zu liegen scheint, wird alles doch wieder zweifelhaft durch eine Stelle, die nicht minder bestimmt und deutlich unserer Caution eine engere Grenze zieht. Es sind folgende Worte der bekannten

L. un. Cod. de O. N. N. (8. 11.) — *licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur efficere, prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet.* (Imp. Justinianus A. Joanni Pf. P. 532.)

Bei diesem positiven Widerspruche zwischen Pandecten und Codex werden wir kaum anders als durch die Annahme einer Rechtsveränderung in der späteren Zeit zu einem befriedigenden Resultate gelangen, welches denn auch nur darin bestehen kann, zu zeigen, wie eine solche Wandelung mit dem beglaubigten Gange der Rechtsentwicklung um jene Zeit in Einklang steht. —

Wenn die *stip. ex op. nov. nunt.* zur Zeit des Pandectenrechts auf die Restitution des ganzen *opus* ging, so griff sie damit über ihren ursprünglichen Zweck hinaus in das Gebiet der *clausula ob rem judicatam* über, oder genauer gesprochen der *stipulatio judic. solvi*, da man bei jener Clausel auch wohl an eine solche denken könnte, deren Verfall sich nach dem Urtheil in der Hauptsache richtete, ohne dass dadurch schon dessen Umfang für diese massgebend wurde. Der Grund nun, der eine Caution von Seiten des Nuntiaten erforderlich scheinen liess, wenn er das begonnene Werk noch weiter fortsetzen wollte, dass nämlich die ungestörte Ausübung eines streitigen Rechtes ihm einstweilen, jedoch nicht ohne genügende Sicherheit, überlassen werden sollte, derselbe Grund war ja nicht minder für den schon vor der Nuntiation aufgeführten Bau zu beachten. Auch hier befand sich der Nuntiat in der Ausübung eines streitigen Rechtes, oder in dessen Besitz wie die Quellen sagen;

L. 7. §. 2. D. quod vi aut clam (43. 24.) — *licere — debet aedificare ei, qui satis dederit, quum possessor hoc ipso constituatur.* (Ulp. Lib. 71. ad Ed.)

L. 5. §. 10. D. de O. N. N. *Caeterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus.* (Ulp. Lib. 52. ad Ed.)¹⁾

1) Vgl. hierzu Schmidt, a. a. O. p. 30. ff.

und auf Grund dieses Besitzes muss denn auch für das bereits Fertige vom Bauherrn cavirt werden. Allein wo auch immer eine derartige Sicherung erfordert wird, geschieht diess doch nicht eher, als der Prätor sich speciell mit der Sache befasst. Hier nun bezieht sich seine ganze Interposition nur auf die Feststellung des in Zukunft zwischen beiden Theilen vorläufig zu beobachtenden Verhältnisses. Da indessen durch die Nuntiation selbst der Nuntiant schon erklärt, er werde sein Recht klagend nachweisen¹⁾, so wird es nicht gefehlt sein, diesen Act auch insofern der ersten formlosen Anbringung der Klage zu vergleichen, als man dem Magistrat die Befugniss einräumt, dort wie hier gleichmässig für die Sicherstellung des Klagobjectes zu sorgen. Hierzu war nun zwar zuerst die *stip. jud. solvi* bestimmt, die bei Erhebung der Vorklage, der *actio confessoria* oder *negatoria* vom Beklagten erfordert wurde. Allein einmal hätte die spätere Ableistung der *cautio jud. solv.* die *stip. ex op. nov. nunt.* vollständig überflüssig gemacht, indem der ganze Inhalt der letzteren auch schon in der ersteren begriffen war, und der Kläger es sicher vorgezogen hätte, seine Ansprüche mit einer und derselben Klage durchzuführen, als zuerst etwa mit der *stip. ex op. n. n.* seine Entschädigung wegen des *opus post nuntiationem factum*, und dann aus der *stip. jud. solv.* noch das *superfluum* einzufordern. Eine practische Bedeutung hatte unsere Caution also nur bis zur Ableistung der anderen gehabt. Wenn ihr nun aber doch in unseren Quellen eine solche noch nach Erlassung der Endsentenz der Hauptsache zugeschrieben wird²⁾, so scheint uns das ein Beweis dafür, dass in diesen Fällen die *stip. jud. solvi* nicht erst auferlegt wurde, und die andere ihre Function um desshalb mit vertreten musste. Dann aber konnte zu der Zeit, wo diese letztere eintrat, und wo auch zuerst das Bedürfniss einer Sicherung des Hauptprocesses sich zeigte, indem die Nuntiation und Caution ja nothwendig in das Petitorium überleitete, zu dieser Zeit konnte eine *stip. jud. solvi*, die stets die bestimmte Beziehung auf die Person des designirten Richters hatte³⁾, darum noch nicht formulirt werden. So erklären wir uns die Erscheinung der Ausdehnung der Caution über

1) Vgl. Heimbach Rechtslex. Bd. VII. p. 595. Er nimmt gleichfalls an, „dass der Nuntiant nach dem Einsprache, wo er sonst gekonnt, weder die Selbstvertheidigung, noch d. int. uti poss. brauchen dürfe.“ Dasselbe lehrt schon die Natur der Sache.

2) In der L. 12. D. de O. N. N. — *tanti committitur, quanti judicatum sit.*

3) L. 3. pr. L. 20. D. jud. solv. (46. 7.)

ihren ursprünglichen Zweck hinaus. Zugleich liefert uns diess aber auch den Schlüssel für die Beschränkung derselben auf die *restitutio operis post denuntiationem facti*, der wir im Justinianischen Codex begegnen. In jener Zeit war überhaupt die Cautionsleistung bei der *formula petitoria* weggefallen, und consequent musste dann auch die *stip. ex op. nov. nunt.*, soweit sie nur ein Supplement jener war, aufgehoben und auf jenes beschränktere Mass zurückgeführt werden. Dass wir nun, ungeachtet jene Constitution schon vom Jahre 532 ist, doch noch Spuren jenes früheren Rechtszustandes in den Pandecten finden, darf uns um soweniger Wunder nehmen, als doch nur eigentlich eine Stelle die L. 12. D. de O. N. N. direct von der einstigen Form der Stipulation spricht und auch in Betreff der *stip. jud. solvi* uns das Gleiche aufstösst. So wird namentlich in der L. 7. §. 2. qui satisd. cog. (2. 8.) offenbar die *stip. jud. solv.* als ein im Vindicationsprocesse noch practisches Institut erwähnt¹⁾, und um die Analogie noch weiter zu führen, sind beide Stellen, sowohl diese als die L. 12. D. cit. aus den Schriften von Juristen genommen, deren Ansehen in der Praxis einem tiefen Einschneiden vielleicht noch am ersten widerstand, die Autorität, deren sie bis dahin genossen, liess die Prüfung, ob sie auch noch mit dem gegenwärtigen Rechtszustande übereinstimmten, mit geringerer Genauigkeit vornehmen.

So wären denn die angeregten Zweifel in einer Weise beseitigt, die, wenn sie gleich nicht überall von ausdrücklichen Quellenzeugnissen beglaubigt ist, so doch durch die vielfachen Anknüpfungspunkte an historische Erscheinungen, wie an dogmatische Analogieen, bedeutend unterstützt und zu einem ziemlichen Grade von Wahrscheinlichkeit erhoben wird. Und so können wir denn die *stipulatio ex operis novi nuntiatione* mit noch grösserem Rechte wie Schmidt¹⁾ als eine verfrühete *stip. jud. solvi* bezeichnen. Auch sie umfasst den vollen Inhalt des künftigen Urtheils, nur dass diess nicht schon formell in den Worten der Stipulation ausgesprochen ist. Wir dürfen nun auch um dieses Grundes willen in der von Schmidt vorgeschlagenen Restitution der Formel keine Veränderung vornehmen. Das *factum erit* umfasst auch das *factum est* schon mit.

L. 8. D. de V. S. (50. 16.) *Verbum oportebit tam praesens, quam futurum tempus significat.* (Paull. Lib. 3. ad Ed.)

Es dürfte denn hiermit nachgewiesen sein, dass das „*judicatum erit*“ nicht nur bei der im Vindicationsprocesse zu leistenden *stip.*

¹⁾ A. a. O. p. 19.

jud. solvi auf eine wirkliche Geldcondemnation gerichtet war, deren Eintreibung durch Bürgen gesichert werden sollte, sondern auch bei *satisfactio ex operis novi nuntiatione* das im Hauptprocesse gefällte Erkenntniss bezeichnet, und dass auch hier der volle Inhalt des letzteren durch die Cautio sicher gestellt wurde. Bei beiden ist also das Urtheil, um welches es sich handelt, ein erst in Zukunft zu erwartendes, indem die Cautio ja schon vor dem Process gestellt werden muss, in welchem jenes erfolgen soll. Wir müssen diesen Punkt für die *stip. jud. solvi* noch etwas weiter betrachten, da wir so zu einem Resultat gelangt sind, welches, wenn die von Wetzell¹⁾ gegebene historische Entwicklung des Vindicationsprocesses richtig ist, eine vollständige Umwandlung ihrer ursprünglichen Bedeutung voraussetzen würde. Seiner Ansicht nach hat nämlich die Cautio vormals die Sicherung des im Präjudicium bereits abgegebenen Judicats für die Zeit des Arbitriums zum Zwecke gehabt. Ein ausdrückliches Zeugniss, gesteht er selbst zu, besitzen wir hierfür nicht, glaubt indessen doch den erforderlichen Beweis durch eine grosse Zahl von Analogieen erbringen zu können. Für einen Irrthum halten wir es nun aber schon, wenn Wetzell meint, hierzu genüge die Darlegung eines durchgehenden Zusammenhanges zwischen dem Judicate und der Leistung einer solchen Cautio. Denn wenn es auch im Ganzen richtig ist, wie er dann weiter ausführt, dass überall, wo ein Judicat vorliegt, das Misstrauen gegen den Verklagten, dessen Verbindlichkeit bereits gerichtlich anerkannt ist, einen Aufschub nur dann duldet, wenn Dritte für ihn eintreten, so geht daraus zwar hervor, dass jenes Misstrauen der Grund einer Cautionsleistung geworden ist, aber über den Inhalt dieser letzteren lässt sich daraus immer noch nichts Sicheres ansehen. Der Schluss nämlich, den Wetzell stillschweigend macht, dass doch wohl die Leistung des Judicats werde gesichert werden müssen, wenn das Misstrauen gegen den Verklagten eine solche Sicherung erheische, wird hier um zweier Gründe willen unzulässig. Einmal wird schon der Umstand berücksichtigt werden müssen, dass die Cautio in einzelnen Fällen auch schon da erfordert wird, wo noch gar kein Judicat vorliegt, welches einer derartigen Sicherung fähig wäre, dass also umgekehrt, wenn sie in diesen Fällen zulässig war, auch die Sicherung eines schon abgegebenen Urtheils der Endzweck ihrer Interposition nicht sein kann. Dann aber begeht Wetzell den Fehler, von einer Anzahl von Fällen eine Regel zu abstrahiren, ohne sich zu fragen, ob die Voraussetzungen, die dort gewisse Erscheinungen hervorriefen, nun

1) a. a. O. p. 63—67. vgl. oben p. 56. ff.

auch überall da vorhanden sind, wo die gefundene Regel zur Anwendung kommen soll. Dem ist nun aber keinesweges also. Nicht bei jedem Aufschube, welchen die Leistung eines Judicats erleiden soll, wird *judicatum solvi* stipulirt, sondern nur dann wenn das Judicat abermals *in judicium* deducirt werden soll ¹⁾, und so die bereits feststehende Forderung wiederum zu einer ungewissen wird. Hierdurch kam es denn, dass die Sicherung, die dem Kläger allerdings zu Gute kommen sollte, nicht auf jene directe Weise, wie Wetzell glaubt, sondern nur auf indirectem Wege zu ermöglichen war. — Den Beweis für unsere Behauptung werden nun eben die Fälle liefern, deren unser Autor sich zu seiner Beweisführung bedient hat, wobei wir auch noch der sonstigen Anwendung unserer Stipulation, jedoch nur vorübergehend erwähnen wollen, indem eine weitere Verfolgung des Gegenstandes nach dieser Seite hin uns weit über die unserer Untersuchung gesteckten Grenzen hinaus führen würde. Jene Fälle sind nun folgende:

1) Das Judicat. — Die Satisfactionspflicht bei der *actio judicati* spricht Gaius in seinen Institutionen mehrfach aus.

(Lib. IV. §. 25. — *unde nostris temporibus is, cum quo judicati dependens agitur, judicatum solvi satisfacere cogitur.*

ibid. §. 102. — *aut propter genus actionis satisfatur, aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis, velut judicati dependens, aut cum de moribus mulieris agitur.*

Unter der *actio judicati* verstehen nun zwar die Römischen Juristen ein Doppeltes, einmal den Fall, wo sie lediglich Executionsmittel ist, und nur die Zahlung von Seiten des Beklagten herbeiführen soll. Dann aber kann das Lügen des Beklagten, dass überhaupt ein ordnungsmässiges Judicat erlassen sei, zu einer nochmaligen Verhandlung führen, welche gleichfalls *actio judicati* genannt wird. Dass nun hier die letztere Eventualität gemeint sei, beweisen die dem aus dem §. 25. cit. mitgetheilten Passus unmittelbar vorhergehenden Worte

sed postea — excepto judicato et eo, pro quo dependens est, caeteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, permissum est, sibi manum depellere et pro se agere; itaque judicatus et is, pro quo dependens est, etiam post hanc legem vindicem

1) Der Ausdruck *res judicata in judicium deducitur* findet sich bei Paull. rei. sent. V. tit. 5. A. §. 8.

dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur; unde ect.

Denn gerade um die sofortige Execution abzuwenden, wird ja jene Satisfaktion als nothwendig dargestellt. Ist die Forderung derselben von dem Schuldner, der gegen seine Verbindlichkeit an sich nichts einwenden kann und nur seiner Zahlungsunfähigkeit wegen die Strenge des Rechts über sich ergehen lassen muss, ja schon an sich ein Unding. — Ganz der *actio judicati* gleich steht:

2) Die *actio depensi*, wie denn beide unendlich oft in unmittelbarer Verbindung mit einander vorkommen¹⁾. Auch hier soll nach der Bestimmung der *Lex Publilia*²⁾ gegen den säumigen Schuldner das Verfahren *per manus injectionem* Statt haben, so dass ein förmlicher Process über das Depensum nur vermittelt eines Vindex geführt werden kann, an dessen Stelle dann später gleichfalls die Leistung der *stipulatio judicatum solvi* trat, wie diess das oben angeführte Zeugniß des Gaius mit einfachen Worten sagt. Von einem Judicat, dem der Schuldner nachkommen solle, ist also bis dahin noch keine Rede. Dennoch erklärt Wetzell³⁾ den Zusammenhang der bei dieser Klage zu leistenden *stipulatio jud. solvi* mit einem vorangegangenen Judicate für unbestritten und will eine Besonderheit hierbei nur in sofern gelten lassen, als die ganze Klage sich auf ein gegen einen Anderen als den Verklagten ergangenes Urtheil stütze. Unter diesem „Anderen“ kann nun jedenfalls nur der Kläger in der *actio depensi* verstanden sein. Zur Prüfung dieser Ansicht sind wir genöthigt, uns die Natur des Depensum mit einigen Worten zu veranschaulichen. Nach der *Lex Publilia* hängt die Zulässigkeit der *manus injectio* gegen den Hauptschuldner von Seiten des Sponsor, und folgeweise für die spätere Zeit die Nothwendigkeit, *judicatum solvi* zu satisficiren, von drei Voraussetzungen ab.

Gai. Inst. Lib. IV. §. 22. *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam.*

Es muss also erstens eine Sponsion eingegangen sein, dann die *dependio* für den principaliter Verpflichteten Statt gefunden, und dieser

1) Gai. Inst. IV. §. 9. 25. 102. 171. 186.

2) vgl. Gai. Inst. IV. §. 22.

3) A. a. O. p. 64.

endlich länger als sechs Monat mit der Rückerstattung des *depensum* haben warten lassen. Dass der Sponsor, um seinen Anspruch auf Rückzahlung in dieser bevorzugten Form durchzuführen, nur in Folge einer Verurtheilung den Gläubiger habe befriedigen dürfen, davon ist auch hier nichts gesagt. Ebensowenig geht dies aus der Natur des *dependere* an sich hervor. Es ist, wie dies schon der Name zeigt, mit dem *per trutinam* oder *per aes et libram solvere* gleichbedeutend ¹⁾, setzt also selbst, um anwendbar zu sein eine *per aes et libram* eingegangene Hauptschuld voraus; jedoch steht dieser noch die Urtheilsschuld gleich ²⁾. Dagegen war die *nexi liberatio* in den Fällen nicht möglich, wo specielle Gesetze die *manus injectio* für einzelne Forderungen zugestanden hatten, denn damit war nur die Geltendmachung derselben mittelst einer bestimmten Processform erlaubt, nicht aber ihre Natur in irgend einer Weise verändert worden ³⁾. Umgekehrt dagegen mag vielleicht das blosse *dependere* an sich auch ohne eine vorausgegangene Sponsion — oder früher ein vorausgegangenes Nexum — dem, der jenen Act vorgenommen, das Recht der *manus injectio* gegen den Schuldner verschafft haben, wenn dieser dadurch selbst schon aus der Gewalt des Gläubigers ausgelöst wurde; d. h. wenn er nach Ablauf der für das *aes confessum* und *judicatum* nachgelassenen *dies triginta justi* der *manus injectio* seines Creditors unterworfen war. Wenigstens spricht für eine solche Annahme die Analogie des *redemptus ab hostibus* ⁴⁾, wo der *redemptus* dem *redemptor* gegenüber in ein Gewaltverhältniss trat, welches diesen wegen der von ihm auf den Loskauf verwendeten Summe sichern sollte, und zwar nahm jener hierin dieselbe rechtliche Stellung ein, die man ihm während seines Aufenthalts bei den Feinden anwies ⁵⁾, so dass hier in ähnlicher Weise wie dort eine Succession in das Recht des abgefundenen Gewaltigers Statt haben würde. Ziehen wir nun hieraus die nöthigen Folgerungen, so sehen wir, dass das *dependere* allerdings auch ein Judicat zu seiner Voraussetzung haben kann, aber nur ein solches, welches gegen den Hauptschuldner ergangen ist; doch gehört gerade dieser Fall nicht hierher, indem eine *sponsio* hierbei nicht stattfand,

1) Rudorff über die Litiscrescenz. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XIV. No. 9. p. 358.

2) Gai. Inst. III. §. 173. Huschke Recht d. Nexum p. 234. 235.

3) Ebenda p. 235.

4) Vgl. Huschke a. a. O. p. 241. Not. 378. Rudorff a. a. O. p. 357. 358.

5) Hase, d. Jus. postlimin. Halle 1851 p. 160. ff.

sondern entweder ein einfaches *dependere*, wenn nämlich die *Addition* schon erfolgt war, oder vorher das Eintreten eines *Vindex*, welches dann die Zahlung der doppelten *Judicatssumme* zur Folge haben konnte. An einen *sponsor judicatum solvi* ist nämlich für die Zeit der *Legisactionen*, mit der wir es zunächst zu thun haben, nicht zu denken ¹⁾, und selbst für die spätere Zeit würden wir doch wieder auf die eben zu lösende Frage, ob sich die *Stipulation* wirklich auf ein vorangegangenes Erkenntniss bezog, zurückkommen; immer aber wäre denn doch der nächstliegende Grund für die Zulässigkeit des *dependere* in der an die Stelle des *per aes et libram gestum* getretenen *Sponsion* zu suchen. Das *per aes et libram gestum* ist es denn also, was das *dependere* des *Sponsor* möglich macht, der als *Correalverpflichteter* zu der also eingegangenen Hauptverbindlichkeit hinzutrat. Und hier macht nun die *Lex Publilia* gar keinen Unterschied, ob der *Sponsor* in Folge einer Verurtheilung oder freiwillig für den ursprünglichen Schuldner gezahlt hat. Ueberall soll ihm die *manus injectio* zustehen. Mag man demnach diese Bevorzugung mit *Huschke* ²⁾ aus der Einheit der Verpflichtung von Schuldner und *Sponsor*, welche dann durch die von dem letzteren erzwungene Leistung hindurch ihre Wirkung noch gegen jenen fortsetzte, oder mit *Rudorff* ³⁾ aus der Analogie der *Redemption* erklären, so viel steht fest, dass keinesweges überall ein *Judicat* vorausging, auf welches sich dann eine *Cautio* hätte beziehen können. Und hierin hat sich denn auch nichts geändert, als man später bei dem *dependere* nicht gerade mehr an ein *per aes et libram gestum* dachte, und folgeweise nicht mehr forderte, dass auch die *Principalobligation* in gleicher Weise eingegangen werde, noch dadurch, dass wir später statt der *legis actio per manus injectionem* die *stip. jud. solvi* finden, indem diese nur den in jene eintretenden *Vindex*, wie schon bemerkt, ersetzte.

3) Die *Multa*. In älterer wie neuerer Zeit lag in Rom die *Criminaljurisdiction* eigentlich in den Händen der *Magistrate*, und einzig die Zulässigkeit einer *Provocation* an das Volk war es, die diesem eine Mitwirkung bei deren Ausübung verschaffte. Demnach sind die von den Behörden verhängten Strafen ihrem inneren Wesen nach in einem förmlichen Urtheile ausgesprochen und zuerkannt, wenn gleich die Möglichkeit der *Provocation* und eine daran anknüpfende

1) *Rudorff* a. a. O. p. 359. und *Gai. Inst.* IV. §. 25 *adque, quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur.*

2) A. a. O. p. 244. 111. Not. 139.

3) A. a. O. p. 357. ff.

mehr nur äusserliche Betrachtungsweise, sie als eine Accusation dessen, dem die Poena auferlegt ist, und als Processeinleitung erscheinen lässt. Besonders geschah dies da, wo nicht schon die Höhe der Strafe das eigentliche Criminalurtheil deutlich erkennen liess. So ist es denn nun namentlich auch mit den Multen gegangen, welche zuzudictiren selbst den *magistratus minores* nachgelassen war ¹⁾ unerachtet sie des Imperiums entbehrten; eine Befugniss, von der sie einen reichlichen Gebrauch zu machen nicht verabsäumten. Sobald die Multa auferlegt ist, müssen nun, wie in dem Falle des Scipio bei Gellius, *praedes* zur Sicherung derselben gestellt werden.

Gell. Noct. Att. Lib. VII. c. 19, §. 2. *L. Scipioni Asiatico P. Scipionis Africani superioris fratri C. Minutius Augurinus tribunus plebis multam irrogavit, eamque ob causam praedes poscebat.*

Es sei dies, meint Wetzell, ein neuer Belag dafür, wie überall ein Judicat, wenn es noch einen Aufschub bis zur Execution erleiden müsse, eine besondere Sicherstellung erheischt habe, indem auch hier Bürgen für die Leistung einer urtheilsmässig zuerkannten Strafe gefordert wurden, weil deren Beitreibung durch die Möglichkeit einer Provocation einstweilen noch ausgeschlossen war. — Zwar findet sich eine abweichende Darstellung des ganzen Vorfalles bei Livius ²⁾, der darin dem Valerius Antias folgt, und nach welcher die Prädes von Scipio erst gestellt werden sollten, nachdem er bereits von dem Prätor Terentius Culleo, in dem Antiochenischen Kriege bedeutende Summen unterschlagen zu haben, schuldig befunden

1) Nach dem Berichte des Dionysius Lib. X. c. 50. (*Πρῶτον μὲν οὖν ἐπὶ τῆς λοχίτιδος ἐκκλησίας νόμον ἐκύρωσαν ἵνα ταῖς ἀρχαῖς πάσαις ἐξῇ τοὺς ἀκοσμοῦντας ἢ παρανομοῦντας εἰς τὴν ἑαυτῶν ἐξουσίαν ζημιοῦν. τέως γὰρ οὐχ ἅπασιν ἐξῆν ἀλλὰ τοῖς ὑπάτοις μόνοις.*) ist das Recht der Strafgewalt den anderen Magistraten ausser den Consuln durch ausdrückliches Gesetz zuertheilt, so jedoch, dass ihnen diese dann *ipso jure magistratus* zustand. vgl. Geib. Gesch. d. Röm. Crim.-Proc. Lpzg. 1842. p. 29. Auch die Provocation fand in späteren Zeiten, nachdem sie ursprünglich nur gegen ein Todesurtheil oder ein auf körperliche Züchtigung lautendes Erkenntniss eingelegt wurde, gegen Geldstrafen Statt. Dionys. V. c. 19. (*εἰάν τις ἀρχὼν Ῥωμαίων τινὰ ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν ἢ ζημιοῦν εἰς χρήματα θέλῃ ἐξεῖναι τῷ ἰδιώτῃ προκαλεῖσθαι τὴν ἀρχὴν ἐπὶ τὴν τοῦ δήμου κρίσιν.*) Liv. 37. c. 51. 40. c. 42. Lic. Phil. XI. c. 8. al. vgl. Geib. a. a. O. p. 159. E. Platner. Quaest. de jure crim. Rom. Marb. 1842. p. 59.

2) Lib. XXVIII. c. 54—60.

und zu einer namhaften Geldstrafe verurtheilt worden war. Mag man sich nun aber auch für die eine oder die andere dieser beiden Erzählungen entscheiden, die Beweiskraft derselben für die Frage, mit der wir es hier zu thun haben, wird dadurch nicht geschwächt, indem sie von ganz verschiedenen Gegenständen reden, die eine von der *multae dictio*, die andere von dem *crimen peculatus* und der *quaestio* darüber, in Betreff des hierbei zu beobachtenden Verfahrens sich also nicht widersprechen. Wir können es daher immerhin als sicher annehmen, dass sofort nach Irrogation der Multa Bürgschaftsstellung nöthig war; mehr aber ist doch aus der Stelle des Gellius nicht zu ersehen, namentlich nicht, dass die gegebenen Prädes sich für die Leistung des Judicates verbürgt hätten. Vielmehr dürfte ihre Verpflichtung eher einen dem Vadimonium analogen Charakter gehabt haben. Ja, selbst das möchte doch noch mehr als bloss zweifelhaft sein, ob nun wirklich die Multa dem Judicat in so weit gleichgestanden habe, dass eine *stipulatio jud. solvi* auf sie anzuwenden war. Criminal- und Civil-Gerichtbarkeit und Rechtspflege erscheinen im Römischen Recht doch zu weit auseinander liegend, als dass man so ohne Weiteres die Hinübernahme eines für den Civilprocess berechneten Instituts auf das Criminalrecht und das Criminalverfahren natürlich finden dürfte, wenn gleich der Name *judicium* und das *judicare* in demselben auch dem letzteren nicht streitig gemacht werden kann.

4) Die *quaestio repetundarum*. Sehr viel näher liegt hier allerdings die Analogie des Repetundenprocesses, der in rein dem Civilprocesse angehörenden Formen, wie mittelst der *legis actio sacramento ex lege Calpurnia* ¹⁾ oder in einem Recuperatoren-Gericht ²⁾, wenigstens in früheren Zeiten ³⁾ durchgeführt wurde. So

1) Lex Servil. rep. c. VIII. lin. XXIII. p. 40. ed. Klenze Berol. 1824. — (*aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum sit.* vgl. c. XXII. lin. LXXIII. p. 68. ibid. An der ersten Stelle stimmen der obere und untere Abdruck bei Klenze nicht überein; nach jenem wäre das *r* in *Calpurnia* auf der Tafel nicht mehr zu sehen gewesen, da jedoch auch der beigegebene Conspect der gesamten Erzfragmente das *r* als echt zeigt, so dürfte die Abweichung des oberen Textes wohl nur auf einem Druckfehler beruhen.

2) Liv. Lib. 43. c. 2. Ebenso werden in der von Marini mitgetheilten *Lex multatitia* (abgedruckt bei Dirksen Beiträge p. 216. 217.) Recuperatoren als Richter genannt. cf. Tacit. Ann. I. c. 74.

3) Die Fortdauer des *sacramento agere ex lege Calpurnia aut Junia* nimmt an Klenze (a. a. O. p. 40. Not. 15. proleg. p. XII) wegen

weit man nicht mit Manchen (s. d. Not.) annimmt, jeder einzelne Process sei je in seinen verschiedenen Stadien in diesen beiden Gestalten erschienen, haben wir es allein mit der ersteren zu thun. Auch Wetzell thut nur ihrer Erwähnung, ohne das *judicium recuperatorium* weiter zu berücksichtigen oder zu seinem Beweise zu benutzen. — Das ganze Verfahren zerfällt hier in zwei Abschnitte, den Hauptprocess, in welchem die Schuldfrage erörtert, und die *litis aestimatio*, eine Liquidationsinstanz, durch welche die Höhe der erpressten Summe festgestellt werden soll. So nach der *Lex Servilia*, obgleich es bestritten ist, ob das *sacramento agere* auch noch nach diesem Gesetze die vorgeschriebene Form sei. Hier soll nun alsbald nach geschehener Verurtheilung von dem Angeklagten Bürgschaft geleistet und demnächst erst die Litisästimation eingeleitet werden. So heisst es in dem siebzehnten Capitel unseres Gesetzes, wo gerade die entscheidenden Worte uns erhalten sind,

— *qui ex h. l. ¹⁾ condemnatus erit Q. ²⁾ praedes facito det de consili maioris partis sententia quanti*

des Ausdrucks (*sei iudicium*) *fuit fuerit ue ex lege quam L. Cal(p) urnius L. F. Tr. Pl. rogavit ex ue lege quam M. Junius D. F. Fr. Pl. rogavit* — (c. 22. Leg. Serv. cit.) was er jedoch auf ein von dem *judicium publicum ex lege Servilia* völlig getrenntes *judicium privatum* bezieht. Anders Dirksen a. a. O. Abth. III. Ueber die Anwendung der Formen des Civ.-Proc. auf Gegenstände des Strafrechts (p. 189—215.) welcher das Sacraments- oder Recuperatoren-Verfahren als die Form darstellt, in welcher die Litisästimation, also ein integrierender Theil des *judicium publicum*, abgesetzt sei. Er ist hierdurch genöthigt, den Process, von dem Livius a. a. O. berichtet, für eine dem etwa für das *judic. public.* in Rom vorbehaltenen Hauptverfahren vorangehende Untersuchung über den Thatbestand und die Höhe des Privatinteresses zu halten, mit völliger Hintansetzung des Grundsatzes *per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet*. L. 54. D. de judic. (vgl. p. 201. ff.) Platner meint dagegen das *judicium publ.* und die *litis aestimatio* ganz verschiedenen Richtern zuweisen zu können, ohne sie jedoch mit Klenze als concurrirende Klagen aufzufassen. (L. I. p. 86—89. p. 55. Not. 2. s. dagegen Dirksen p. 191. ff.) Ebenso spricht das bei Livius gedachte *exsilii causa solum vertere* und die Consumption der *actio ex lege Calpurnia* und *ex lege Servilia* (vgl. c. 22. Klenze p. 88. 89.) gegen Klenzes Meinung (vgl. Heffter obs. Gaian. p. 23. Not. 14. 15.) Die hier vorgetragene Ansicht ist die von Keller. Civ.-Proc. §. 16. p. 69. aufgestellte.

1) i. e. hac lege.

2) i. e. Quaestor.

eis ¹⁾ *censuer(unt si p)raedes datei non erunt, bona eius facito publice possideantur cong (uaerantur que* ²⁾) — worauf nach einer von Klenze ausgefüllten Lücke die Anweisung an den Prätor zur Eintragung in die öffentlichen Register folgt. Erst im achtzehnten Capitel schreitet dann das Gesetz zur Litisästimation fort. — Am deutlichsten vielleicht beweist diese Reihenfolge von *satisfactio* und *litis aestimatio* der Umstand, dass das Gesetz vorschreibt, es solle die Höhe der Bürgschaft nach dem Gutdünken der Majorität des Consiliums bemessen werden. War die Condemnationssumme bereits in jenem Nachverfahren festgestellt, so war dadurch ja schon der Betrag der Bürgschaft von selbst gegeben. Gerade aus dieser Reihenfolge ergibt sich, dass die von dem Verurtheilten erforderliche Sicherstellung nicht für ein bereits gesprochenes Urtheil geleistet werden sollte. Dieses enthielt nämlich bloss ein einfaches *Condemno* ³⁾, also lediglich die Erklärung, der Angeklagte sei schuldig. Es ist in dieser Hinsicht noch wesentlich selbst von der Pronuntiatio im Vindicationsprocesse unterschieden, wo unmittelbar aus dem zuerkannten Eigenthumsrechte schon ein Vermögensinteresse sich ableiten lässt; hier dagegen ist aus dem Urtheil noch nicht zu ersehen, in welchen einzelnen Fällen der Angeklagte sich einer Erpressung schuldig gemacht habe und zur Rückerstattung pflichtig sei. Ein „*quanti ea res est*“ wie in der *stip. jud. solv.* wäre völlig unanwendbar, denn eine *res* existirt noch gar nicht. Erst vermöge der präjudiciellen Eigenschaft dieses Spruches, kann man ihn auch als für die Litisästimation massgebend ansehen, indem er dieser nicht mehr die Frage nach dem ob, sondern nur nach dem wieviel zu erörtern übrig lässt. Practisch und im endlichen Resultate konnte freilich immer noch jener erste Spruch aufgehoben werden, da die eigentliche Bestrafung, soweit sie nicht in gewissen Nachtheilen, die unmittelbar aus der Condemnation hervorgingen, wie einer *nota existimationis* bestand ⁴⁾, erst in der Litisästimation erfolgen und hier auf nichts reducirt werden konnte. Ein Fall, der allerdings im Repetundenprocesse nicht so leicht als im Civilverfahren vorkommen durfte, wo z. B. aus der *pronuntiatio* „*rem petitoris videri*“ nicht schon unbedingt die Condemnation des Beklagten sich ergab ⁵⁾. —

1) *eis* = *ei*. s. Klenze p. 12. Not. 2.

2) ebend. p. 69. Not. 3.

3) s. c. 15. Leg. serv. — (*Ex iudicium sententiis*) *sei plurimae erunt condemno* Klenze p. 65.

4) S. Platner l. l. p. 65. Klenze a. a. O. p. 40. Dirksen p. 208.

5) Ein Beispiel s. in L. 15. §. 3. D. de R. - V. und dazu v. Savigny System Bd. VI. p. 188. ff.

In so weit man nun bei der Aehnlichkeit des hier und bei der *actio in rem* einzuhaltenden Processganges von dem einen auf das andere schliessen darf, hätten wir einen neuen Beweis dafür erhalten, dass sich auch dort die Satisfactio nicht auf den Inhalt der Pronuntiatio bezogen haben wird. Der Vollständigkeit halber mag es endlich noch erwähnt werden, dass auch die Verurtheilung zu einer Multa, soweit sie nicht ohne Weiteres von einem Römischen Beamten gegen die Ungehorsamen verhängt wurde, oder die Strafe eines peinlich Angeklagten ausmachte, über den das Volk in den Comitien zu richten hatte ¹⁾, in denselben Formen wie die Anklage wegen Erpressungen herbeigeführt werden konnte.

5) 6) Unmittelbar in das Gebiet des Civilprocesses gehört folgender Fall. Wenn Jemand *in jure* seine Verbindlichkeit eingestanden hat, so wird ihm vom Prätor, wenn er hinreichende Sicherung für das Erfolgen der Leistung gewährt (*cum competenti cautela*) ²⁾ eine Zahlungsfrist gegeben. Dem ist es ganz analog, dass, wenn der *jussus de restituendo* bei *arbitrariae actiones* ergangen ist, die Restitution jedoch augenblickliche Hindernisse gefunden hat, bei einer Bürgschaftsstellung für dieselbe dennoch die Absolution des Beklagten erfolgen kann ³⁾. Es sei dies wiederum, sagt Wetzell, ein Beispiel, wie überall, wo die Verbindlichkeit des Beklagten gerichtlich anerkannt ist, dieser sofort genügt, oder die Erfüllung gesichert werden muss. Hiervon eine Anwendung auf den Vindicationsprocess zu machen, sei um so natürlicher, als die fast völlige Gleichheit mit diesen Verhältnissen sich auch darin zeige, dass auf die *confessio in jure* wie auf den *jussus de restituendo*, wenn für die Befriedigung des Klägers in keiner Weise gesorgt wird, die Litisästimation folgt ⁴⁾. — Hatten wir bei den bisherigen Beispielen bestimmt nachgewiesen, wie sie um deswillen nicht beweisend seien, weil die dort vorkommenden Cautionen auf ein bereits ergangenes Urtheil sich überhaupt nicht bezogen, oder diese Beziehung doch mindestens höchst zweifelhaft erscheine, so kann doch eben so bestimmt hier kein solcher Einspruch erhoben werden. Hier sind in Wahrheit die

1) Selbst mit dieser auch von Platner (p. 56.) gemachten Einschränkung dürfte doch nicht Dirksens anderweitiger Behauptung (p. 190.) beizustimmen sein, wonach er das Verfahren mittelst der *legis actio* oder im Recuperatorengericht fälschlich als Adhäsionsprocess characterisirt.

2) L. 21. D. de judic. (V. 1.)

3) vgl. die von Wetzell a. a. O. p. 65. Not. 3. gegebenen Beweismstellen.

4) L. 6. §. 2. D. de confess. (46. 2.)

Cautionen dazu da, die Ausführung des *jussus de restituendo* oder die Leistung der in der *confessio* einbekannten Verbindlichkeit sicher zu stellen, ihr Inhalt dem des Geständnisses und des Arbitratus völlig gleich. Allein gerade die Hauptsache, wodurch erst diese Analogie beweisende Kraft erhalten würde, hat Wetzell gänzlich übersehen. Die hier gedachten Cautionen sind nicht *stipulationes judicatum solvi*, ja sie gehören mit dieser nicht einmal in eine Rubrik, indem die in Folge des *jussus de restituendo* zu erlegende Caution von unseren Quellen mit klaren Worten den Judicialstipulationen zugezählt wird ¹⁾, die andere, wenn sie gleich zu den prätorischen gehören dürfte, doch nicht „*ut judicium ratum fiat*“ interponirt wird, denn das *judicium* wird ja gerade durch die *confessio in jure* unnöthig gemacht.

Fassen wir also das Resultat dieser Erörterung nochmals kurz zusammen, so sahen wir allerdings, dass im Allgemeinen der von Wetzell aufgestellte Satz richtig sei, eine gerichtlich anerkannte Verbindlichkeit leide einen besondern Aufschub nur dann, wenn dem Berechtigten Sicherung für seine endliche Befriedigung gewährt werde, ja, dass man hierin so weit gegangen sei, dass man selbst da, wo das regelmässige Verfahren einen solchen Aufschub gebot, wie bei der *quaestio repetundarum*, dennoch eine Bürgschaft forderte. Im übrigen aber, fanden wir, wurden verschiedene Wege nach diesem Ziele eingeschlagen. In einzelnen Fällen nämlich (den unter No. 5. und 6. aufgezählten) wurde diese Sicherung direct gegeben, jedoch war es nicht die *stip. jud. solv.* deren man sich zu dem Zwecke bediente. In anderen aber suchte man denselben indirect zu erreichen. Wir sahen nämlich, dass dort überall die geleisteten Cautionen auf das abgegebene Urtheil sich nicht beziehen konnten. — Was war denn nun der eigentliche Inhalt derselben? Erinnern wir uns, dass den vier ersten der von uns betrachteten Verhältnisse eine charakteristische Eigenthümlichkeit gemeinsam ist — die zu sichernde Verpflichtung soll noch Gegenstand der richterlichen Erörterung werden — und dass andererseits doch die Sicherung des Berechtigten bezweckt wird, so ist der Schluss unabweislich, man habe das endliche Resultat der zu pflegenden gerichtlichen Verhandlungen verbürgen lassen. Und ist es denn nicht an sich widersinnig, da es sich meist um eine Anfechtung des ersten Urtheils handelt, dennoch ein Versprechen für die Leistung desselben zu fordern? Es hätte dies

1) Die in §. 1. J. de divis. stip. (3. 8.) genannte *cautio de persequendo servo, qui in fuga est* ist nämlich eine einzelne Anwendung dieser Regel. vgl. Schrader ad h. l.

höchstens ein von dem Ausfall der Provocation oder Nichtigkeitsbeschwerde bedingtes sein können. Es ist aber gerade für die Stellung von Prädes ziemlich unwahrscheinlich, dass sie *sub conditione* gegeben werden konnten, da eine solche ausgedrückte Abhängigkeit von äusseren Umständen den Character fester Gewissheit, der alle publicistischen Geschäfte, wie der Eintritt als *praes* ein solches war¹⁾, vollständig aufheben musste²⁾. Für die *stip. jud. solvi* ist überdies auch noch aus anderen Gründen an eine solche Auffassung des Sachverhältnisses nicht zu denken. Steht nun so überall die Beziehung auf einen künftigen Richterspruch fest, so zeigen sich im Einzelnen doch noch mannigfache Verschiedenheiten. Die *praedes*, welche bei Gelegenheit der *Multa* gestellt wurden, konnten wohl nur dafür eintreten, dass der Bestrafte sich vor dem *Populus* zur Verhandlung der Sache stellen werde, denn hätte der Magistrat schon die Leistung des künftigen *Judicates* von ihnen wollen übernehmen lassen, so hätte darin unseres Erachtens eine Ueberschreitung seiner Befugnisse und ein Eingriff in die Rechte des *populus* gelegen. Da es nun aber überhaupt noch ungewiss ist, ob der Schuldige von dem Rechte der Provocation werde Gebrauch machen, so denken wir uns die Verbindlichkeit der Prädes alternativ gefasst, entweder auf Entrichtung der *multa* oder auf die Stellung der Provocanten in den Comitien. — Bei der *quaestio repetundarum* ist die Richtung auf die in der Litisästimation ausgesprochene Summe offenbar. — Ebenso bei der *stipulatio judicatum solvi* die Beziehung auf das zu erwartende *Judicat*. Nach Gaius Bericht im §. 25. des vierten Buchs seiner Institutionen, dessen Worte wir oben angeführt haben, ist die *stipulatio judicatum solvi* bei der *actio judicati* und *depensi* an die Stelle des *vindicem dare* getreten, sie muss also auch wohl im Ganzen dasselbe Ziel verfolgt haben, wie das Auftreten des *Vindex*. Wenn dieser nämlich im älteren Process den in der *manus injectio* befangenen *Judicatus*, oder den ihm sonst gleichgeachteten Schuldner *in libertatem* vindicirte, so verpflichtete er sich durch die Uebernahme des Processes ja nicht, das alte *Judicat* zu zahlen, sondern dem Urtheil gerecht zu werden, welches nunmehr gegen ihn als Processpartei würde gesprochen werden, und welches einen von jenem wesentlich verschiedenen Inhalt hatte, das *duplum* des ersteren. Hierfür gab er *praedes*³⁾. Ueberhaupt ist es eine schon von v. d. Pford-

1) s. oben p. 19. Not. 4.

2) vgl. fr. Vat. §. 329. L. 35. D. de judic. (5. 1.) u. a. m.

3) Wetzell, a. a. p. 67. meint zwar ursprünglich sei der *Vindex* der Bürgschaftsstellung überhoben gewesen.

ten¹⁾ gerügte Anschauung, den Vindex zunächst als Bürgen zu betrachten, wie Wetzell es thut²⁾, der ihn das *arbitrium liti aestimandae* erbitten lässt, um in die Verbindlichkeit des Beklagten eintreten zu können. Seine Function war wesentlich eine politische, die Erhaltung eines freien Bürgers für die Gemeinde³⁾; erst in zweiter Linie kam dann auch die Rücksicht auf die Sicherung des Klägers in Betracht, woraus jene Vorschrift der XII. Tafeln geflossen ist: *Assiduus assiduo vindex esto, proletario, quoi quis votet, vindex esto*⁴⁾. — Was nun aber die *stip. jud. solvi*, soweit sie in dieser indirecten Weise für den bereits erstrittenen Anspruch des Klägers wie bei der *actio judicati* und *depensi* Sicherung bietet, vorzugsweise auszeichnet, ist, wie wir schon oben erwähnten, der Umstand, dass, wo sie zur Anwendung kommt, überall das ganze Recht nochmals in Frage gestellt wird. Ein Punkt, durch den sie sich namentlich auch von der *quaestio repetundarum* unterscheidet, da bei dieser, die sonst die höchste Aehnlichkeit mit jener darbietet, doch das im Haupturtheil einmal erhaltene Resultat auch in der Folge aufrecht erhalten werden soll. In diesem ganzen Verhältniss nun zeigt sich ein neuer Grund, die Hypothese, als habe die *stip. jud. solvi* ursprünglich nur das *arbitrium de lite aestimanda* sichern sollen, entschieden zu verwerfen.

Erst dadurch, dass die Caution nur dann Statt hatte, wenn es sich um ein Processrecht handelte, über dessen Existenz und Umfang noch entschieden werden sollte, erst dadurch wird es erklärlich, wie in den Fällen, wo ein Judicat noch gar nicht vorlag, bestehe dies nun in einem Präjudicium oder worin sonst, nichts desto weniger *judicatum solvi* satisfiert werden konnte. So war es bei Klagen gegen einen *suspectus heres*, gegen den, dessen *bona* schon im Wege der Execution angegriffen sind in Folge seiner *contumacia*, den Decoctor, und der *actio de moribus mulieris*⁵⁾, namentlich aber bei den Klagen gegen einen *defensor*⁶⁾. In allen diesen Fällen hätte die Caution einen ganz anderen Character an sich tragen müssen als bei der *actio judicati*, *depensi* und den arbi-

1) A. a. O. p. 39.

2) A. a. O. p. 66. 67.

3) S. Festus s. v. *vindex ab eo, quod vindicat, quominus is, qui pressus est, ab aliquo teneatur*. L. 22. §. 1. D. de in jus. voc. (2. 4.)

4) Gell. Noct. Att. XVI. c. 10. §. 5.

5) Gai. Inst. IV. §. 102.

6) ibid. §. 101.

trären Petitionen. Hierüber schweigen aber unsere Quellen vollständig, ja es findet sich nicht einmal die mindeste Andeutung, dass die Formel der Caution bei diesen Gelegenheiten abweichend concipirt zu werden pflegte ¹⁾. Müssen wir dennoch annehmen, dass der Wortlaut der Stipulation überall derselbe war, abgesehen von den Varianten, deren wir oben gedacht haben, die aber in einer Beziehung zu den verschiedenen Klagarten, bei denen cavirt werden sollte, nicht standen, so findet es auch seine Rechtfertigung, wenn wir bisher alle Fragmente, die von der *stip. jud. solv.* sprachen, ohne erst zu untersuchen, ob sie dabei die Vindication oder Klagen gegen Defensoren im Auge haben, zu unserem Beweise benutzen, der sich bis jetzt ausschliesslich auf die formelle Fassung der Stipulation gestützt hat.

Ueber eine Anwendung der *stip. jud. solvi* endlich, die auch erst eine Entdeckung der neuesten Zeit und zwar Huschkes scharfem Blick zu verdanken ist, müssen wir noch einige Worte hinzufügen. Bei den *interdicta duplicia* findet, wenn sie auf dem Wege der Sponsionen zum Austrage kommen sollen, ein eigenthümliches Verfahren, das *judicium fructuarium* statt, wenn nicht die Klage aus der *fructuaria stipulatio* und also die Interposition der letzteren vorgezogen wird. Hier muss *judicatum solvi* cavirt werden ²⁾. Ohne uns auf die sehr bestrittene Bedeutung dieses Judiciums weiter einzulassen ³⁾, ist doch so viel klar, dass durch das Urtheil über die Sponsionssumme incidenter auch über diese Klage mit entscheiden wird ⁴⁾. Dies scheint nun unserer obigen Behauptung entgegen zu sein, dass die Caution sich niemals auf ein blosses Nachverfahren als solches bezogen, sondern stets vorausgesetzt habe, das Recht, dessen Gewährung sie sichere, sei wirklich noch im Streite befangen. Allein genau betrachtet kommt es dabei nur auf die Zeit an, zu der die Stipulation erfolgen muss; der Sache nach ist es im übrigen ziemlich gleichgültig, ob die Abschätzung des Streitobjects, die ja überall

1) So erklärt v. Savigny Syst. Bd. VI. p. 29. die Processstipulationen der Bürgen unter sich für gleichlautend, also auch die des Procurators mit der des Beklagten in der *rei vindicatio*. Jedoch ist dies nur eine beiläufige Bemerkung. Gewöhnlich nimmt man stillschweigend die Identität dieser Stipulationen an.

2) Gai. Inst. IV. §. 169. *in quam rem proprium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor j. s. satis accipit.*

3) Vgl. nunmehr Schmidt Interd. p. 290. ff.

4) *ibid.* §. 166—168.

nothwendig war, einen auch formell für sich bestehenden Processabschnitt ausmacht oder nicht. Nun ist aber aus Gaius wenigstens kein Grund ersichtlich, warum nicht auch hier ebenso wie den *interdicta simplicia* ¹⁾ die sämtlichen Formeln gleichzeitig mit den Sponsionsformeln ertheilt werden konnten.

Durch diese Ausführung hoffen wir nun, ist ein doppeltes erwiesen. Einmal, dass unsere Stipulation mit dem „*judicatum erit*“ eine Geldcondemnation meint, welche erst in der Zukunft gefällt werden soll, dann dass sie diese Condemnation nirgends als blossen Bestandtheil einer Liquidationsinstanz, sondern als den Schlusspunkt des gesamten Rechtsstreites auffasst. Dadurch ist denn von vorn herein die Möglichkeit ausgeschlossen, dass sie einem *arbitrium liti aestimandae* hätte zu Grunde gelegt werden können, und somit fällt wieder die ganze künstliche, jedoch durch einen anscheinend historischen Zusammenhang begünstigte Erklärung fort, welche Wetzell dafür giebt, dass aus einer *stipulatio* eine *formula arbitraria* entsprungen sei. — Auf den Inhalt der Cautio, insofern dieser materiell dem der Condemnation in der *formula arbitraria* gleich ist, was Wetzell ²⁾ ohne einen weiteren Beweis annehmen zu können glaubt, legt er selbst wenigstens kein bedeutenderes Gewicht. In höherem Grade geschieht dies von Schlayer ³⁾, der den Widerspruch, welcher darin liegt, dass eine Stipulation als Grundlage eines Verfahrens bezeichnet wird, welches einen Realanspruch zum Gegenstande hat, dadurch aufzulösen sucht, dass der Inhalt derselben der allein exequirbare Gegenstand der Klage gewesen sei. Soll hierdurch nur erklärt werden, wie man dazu gekommen sei, eine dingliche Klage in Form einer persönlichen abzusetzen, so mag das genügen; da es sich aber darum handelt, eine ihrer Form nach dingliche Klage aus einer Stipulation abzuleiten, so ist die Verweisung auf die Identität des Klagobjectes bei ganz verschiedenem Klagrechte nicht ausreichend, und es kann deshalb nur auf die schon mehrfach benutzte Regel Africanus in der L. 38. D. de solut. (46. 3.) Bezug genommen werden — *eandem pecuniam in plures causas solvi posse*.

Wir sind nunmehr, wenn wir den Gang unserer bisherigen Untersuchung nochmals kurz zusammenfassen, zu folgenden Resultaten gelangt:

- 1) Die prätorischen Judicialstipulationen haben die materielle Sicherung und Gewährung eines Klagrechtes, nicht bloss die

1) *ibid.* §. 165.

2) S. a. a. O. p. 103. 104.

3) a. a. O. p. 38. 39.

Vorbereitung eines solchen für 'die gerichtliche Verfolgung zum Zweck. Zu ihnen gehört auch unerachtet des Widerspruchs Einzelner die *stipulatio judicatum solvi*, die um deswillen auch die allgemeine Natur derselben theilen muss.

- 2) Sie geht demgemäss darauf, den Kläger zu versichern, dass der Beklagte dem Urtheil in einem zweiten selbstständig einzuleitenden Processe ein Genüge thun werde, was denn auch aus der Formel der beiden uns bekannten Judicialstipulationen mit Nothwendigkeit folgt. Der Versuch ihnen eben von jenen Formeln aus eine andere Function, die der Processeinleitung zuzuweisen, muss in allen Stücken als völlig verfehlt angesehen werden.

Hiermit wäre denn eigentlich schon der in diesem Aufsätze uns gesteckten Aufgabe genug gethan, indem die Nothwendigkeit unserer Caution mit der früher allgemein herrschenden Theorie einen materiellen Zweck den der Sicherung eines künftigen Judiciums unterzulegen, wohl aus dem bisher Gesagten genugsam sich ergeben dürfte, und wir könnten numehr die Entscheidung zwischen den in dieser Lehre aufgestellten Meinungen dem Leser überlassen. Dennoch wollen wir diesen Gegenstand noch etwas weiter verfolgen und unsere Darstellung auch auf die einzelnen Clauseln der Stipulation ausdehnen, theils weil auch von ihnen Wetzell einzelne Gründe für seine Auffassung abgeleitet hat, theils weil wir so die Probe für die Richtigkeit unserer Ansicht machen und zugleich die Tragweite des von uns bekämpften Irrthums in seinen Consequenzen am besten übersehen werden.

1) Vgl. L. 20. D. de acceptat. (46. 1.)

2) L. 8. D. jud. solv. (46. 1.) L. 12. D. de cond. n. (19. 1.)

III. Die einzelnen Clauseln der stipulatio judicatum solvi.

Wir werden bei der nun folgenden Untersuchung am besten den Weg einschlagen, dass wir uns fragen, welche Folgerungen für die Bedeutung der einzelnen Clauseln aus den verschiedenen Ansichten über die Natur unserer Stipulation sich ergeben und demnächst zusehen, in wie weit die also zu ziehenden Consequenzen in den Quellen ihre positive Bestätigung finden. Wir beginnen mit der

Clausula ob rem judicatam.

Bereits oben ist es erwähnt, dass diese Clausel der ganzen Stipulation ihre Richtung giebt, und nur im Einzelnen die letztere durch das Hinzutreten der beiden andern Clauseln modificirt wird ¹⁾. Insofern nun aber bereits in der ganzen bisherigen Erörterung in dieser Beziehung von ihr gehandelt ist, haben wir hier nichts weiter hinzuzufügen. Nur ein Punkt ist uns bis jetzt noch übrig geblieben, dessen Untersuchung wir uns ausdrücklich bis zu dieser Stelle vorbehalten haben. Im Allgemeinen haben wir nämlich bis dahin vorausgesetzt, der Inhalt unserer Clausel sei, wie uns dies ja mehrfach in unseren Quellen bezeugt wird ²⁾, dem des Urtheils gleich. Wir müssen demnach nunmehr den speciellern Nachweis darüber führen, ob diese Voraussetzung, deren Richtigkeit nach jenen Quellenzeugnissen zweifellos ist, nun auch von unserer Anschauung der Stipulation aus sich rechtfertige, oder ob die gegnerische Betrachtungsweise diesem Resultate leichter und sicherer zuführe. — Geht man davon aus, die *stip. jud. solvi* habe dem Verfahren *per formulam arbitriariam* zu Grunde gelegen, so kommt man nothwendiger Weise zu dem Schlusse, es sei das bei der Restitution der Formel allseitig bisher noch aufgenommene „*quanti ea res est*“ die Bezeichnung für die Geldabschätz-

1) Vgl. L. 20. D. de acceptilat. (46. 4.)

2) L. 9. D. jud. solv. (46. 7.) L. 12. D. de O. N. N. (39. 1.)

zung, auf welche hin die Condemnation des Beklagten in dem den Vindicationsprocess beendenden Urtheile erfolgt, nicht aber eine, wenn auch materiell gleiche, doch formell davon zu unterscheidende. Es kann um deswillen auch unter dem „*judicatum erit*“, dessen die Stipulation gedenkt, und welches die materielle Grundlage für das „*quantum ea res est*“ bildet, nicht diese endliche Condemnation, sondern höchstens das Präjudicium, die Pronuntiatio verstanden werden. Es ist dies ganz derselbe Gedankengang, der sich auch bei Wetzell, nur dort in etwas anderer Form wiederfindet, wenn er sagt¹⁾: „Es ist oben gezeigt worden, dass der wahre Gegenstand des Versprechens die Aestimation sei. Wollte man also annehmen, dass eben diese, insofern sie der richterliche Spruch in Geld angeschlagen habe, jenem Ausdrucke zu Grunde liege, so würde die *clausula judicatum solvi* nicht mehr ein besonderer Bestandtheil der Caution neben der *clausula de re defendenda* und *de dolo*, sondern die Schlussclausel derselben sein, das ist der Theil, welchen die Worte „*quantum ea res est*“ ausmachen.“ Ganz ebenso argumentirt Schlager²⁾. — Fragen wir nun zunächst, wie die Conception der Formel mit dieser Interpretation in Einklang stehe, so ist schon oben erwähnt worden, dass gegen dieselbe aus dem blossen Wortlaute nicht schon Gründe abzuleiten sein dürften. *Si ea res secundum me iudicata erit* — heisst es — *quantum ea res est, tantam pecuniam dare spondes?* Die Stipulation verspricht also, es solle das aus dem günstigen Vorbescheide sich ergebende Interesse prästirt werden. Dies ist, wie es uns die *formula arbitraria* in ganz gleicher Weise zeigt, in Wahrheit der Inhalt des Endurtheils im Vindicationsprocesse, nur dass in der letztgedachten Formel statt des *Judicates* dessen Voraussetzung, das: *Si paret rem q. d. a. ex jure Quiritium Auli Agerii esse*; an Stelle des *spondes?* die Anweisung zur Condemnation steht. Schon hier aber müssen wir darauf aufmerksam machen, wie wir auch bei einer bloss an dem Wortsinn stehenden bleibenden Betrachtung der Stipulation in Betreff der *clausula de re defendenda* und *de dolo* zu ganz anderen Resultaten gelangen und hier vorläufig von diesen ganz absehen.

Nach der Interpretation dagegen, welche wir der *stipulatio jud. solv.* geben, bedeutet das „*iudicata erit*“ die Endsentence in der Reivindication. *Quantum ea res erit* bezeichnet also das Interesse, welches der Kläger an der Erfüllung dieser Endsentence hat. Diese ist nun zunächst dem Inhalte des Urtheils selbst gleich. Wir kommen

1) a. a. O. p. 159. 160.

2) a. a. O. §. 21. p. 238. ff.

also ganz eben da an, wo auch unsere Gegner, nur auf anderem Wege. Deshalb ist denn auch die ganze Erörterung, worauf nun im Besonderen jenes Judicat gehe, ohne Einfluss auf die Entscheidung der zur Beantwortung stehenden Frage und darf darum auch hier mit Fug und Recht übergangen werden. Die beiden Ansichten gehen nur in Betreff der Form aus einander, unter welcher der dem Kläger zuerkannte Anspruch dort erscheint, ob noch in der Hülle seiner Voraussetzungen, oder in der executionsmässigen Gestalt eines Geldquantums. Indessen kann jenes Interesse doch noch über die blosse Condemnationssumme hinaus gehen. Der Fall, welcher uns hier zunächst liegt, und für dessen Beurtheilung die Quellen uns die meisten Anhaltspunkte bieten, ist der einer eingetretenen Mora. Wird die Leistung des Judicats über die hierzu gesetzlich nachgelassene Zeit der *dies triginta justi*, der zwei oder vier Monate ¹⁾ hinaus verzögert, so spricht das Gesetz dem Kläger gewisse Zinsen zu. Diese Urtheilszinsen gehören nun unstreitig zu dem klägerischen Interesse, so dass eine auf das letztere gerichtete Klage jene mit begreifen muss. Aehnlich stellt sich die Sache in anderen Fällen. Hier wäre es denn also nicht mehr richtig, dass die *stip. jud. solvi* nur die Condemnationssumme umfasse und mit dieser völlig gleichen Inhalt habe. Dagegen lässt sich nun freilich zunächst wieder das einwenden, dass doch nicht minder auch die *actio judicati* auf diese Zinsen — um hierbei stehen zu bleiben — sich erstrecken müsse. — Fragt man nämlich nach der Art und Weise, wie diese beigetrieben wurden, so ist nur ein doppelter Weg denkbar. Entweder musste man, nachdem nun endlich die Judicatssumme abgeführt war, die Zinsen nachträglich mit einer eigenen Klage fordern. Dies wäre mindestens das Einfachste gewesen. Sie vorher einzuklagen, führte immer noch den Uebelstand mit sich, dass dadurch eine unnöthige Klagenhäufung entstand, indem der Zinsenlauf erst mit der Zahlung aufhörte, der Richter aber doch immer nur bis auf die zur Litiscontestation aufgelaufene Summe verurtheilen konnte. Indessen soll damit nicht geläugnet werden, dass unter Umständen das Interesse des Klägers an der baldigen Erhebung der Zinsen selbst die Mühe einer wiederholten Klaganstellung überwiegen mochte. Dieser Weg überhaupt hat nun aber Alles gegen sich. Nicht nur das Wort des

1) S. L. un. C. Theod. de usur. rei jud. (4. 19.) *Qui post judicii finem exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum non nunquam est concessa dilatio.* L. 3. C. I. eod. L. 2. L. 31. D. de re jud. (42. 1.) Zimmermann, a. a. O. §. 77. p. 242. 243. Heffter, Syst. §. 272. Not. 43. Huschke, R. d. Nex. p. 149. Not. 206.

Ulpianus „*quod noluerit praetor obligationes ex obligationibus fieri*“¹⁾, sondern in höherem Grade noch die Natur der Judicatszinsen. Es ist keine gesonderte Verpflichtung, vermöge deren dieselben geleistet werden müssen, sondern sie werden *ex re* prästirt, sie erscheinen als blosses Accessorium der Hauptsache, wie denn auch Justinian in L. 3. C. de usur. rei jud. (7. 54.) von ihnen sagt, „*ex judicati actione currunt*“ und sie den *ex contractibus* geschuldeten entgegensetzt²⁾. Sie theilen demnach mit den *ex mora* zu zahlenden Zinsen die Eigenschaft, dass sie, wenn auch *ex lege*, doch *officio judicis* wahrzunehmen sind, wenigstens insofern man eine für sich bestehende Obligation des Schuldners auf sie nicht annehmen kann. Eine Folge hiervon ist es denn, dass nach dem in der

L. 49. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) *Pretii sorte, licet post moram soluta usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur* (Hermog. Lib. II. juris epit.)³⁾.

ausgesprochenen Principe jede principaliter auf die Judicatszinsen erhobene Forderung zurückgewiesen werden muss. — Wir sehen uns somit auf die zweite Alternative verwiesen, dass man nicht mit einer eigenen Klage, sondern incidenter bei Gelegenheit anderer processualischer Schritte auch die Zinsen mit eingetrieben habe.

Wie kann nun aber ein solches nebenheriges Einfordern Statt haben? Aus dem Judicate entspringt nämlich nur in einem Falle eine neue Klage, dann wenn die Existenz oder Rechtsbeständigkeit des Urtheils bestritten ist. Dass aber hier neben der *duplatio* die Zinsen berücksichtigt seien, ist schon an sich unwahrscheinlich, wenn man sich erinnert, dass das alte Civilrecht ein Interesse über das *alterum tantum* hinaus nicht anerkannte⁴⁾, und die Judicatszinsen doch auch nur einen gewissen Theil dieses Interesses darstellten; dass die Römer es überhaupt vermieden haben, unnöthiger Weise die

1) L. 4. §. 3. D. de re jud. (42. 1.)

2) Diese Natur der Judicatszinsen hebt sehr entschieden hervor: Cujacius. Recitat. solemn. ad Cod. Tit. de usur. rei jud. (7. 54.) O. O. Tom. IX. col. 1026. *ut hoc casu debentur usurae rei judicatae ipso jure sine stipulatione ex natura rei judicatae* — und in d. Recit. ad Quaest. Pap. L. II. L. 1. D. de usur.; vgl. auch v. Savigny. Syst. Bd. VI. p. 135. Not. c.

3) cf. L. 4. C. depos. (4. 34.) v. Madai. Lehre von der Mora. Halle 1837. §. 52. p. 358. ff.

4) s. Huschke a. a. O. p. 190.

Strafen zu häufen ¹⁾). Noch weit unwahrscheinlicher wird es, wenn man bedenkt, dass die Zinsen *ex mora*, denen nach der obigen Ausführung doch auch die Urtheilszinsen ziemlich nahe stehen, erst in weit späterer Zeit aufgekommen sind ²⁾), nachdem die *actio iudicati* auf das Duplum schon längst ihre feste Norm und Gestalt erhalten hatte. — Zwar sind wir im Verlaufe unserer Darstellung bereits einer Stelle begegnet, welche gegen die Richtigkeit unserer Behauptungen etwa Zweifel erregen könnte. Es ist dies die eben citirte L. un. C. Theod. de usur. rei jud. (4. 19.) nach welcher neben den Zinsen wegen der Verzögerung über die gesetzliche Zahlungsfrist hinaus noch eine Strafe, die *medietas sortis* geleistet werden soll ³⁾). Es kann nun hier unmöglich unsere Aufgabe sein, zu zeigen, in welchem Zusammenhange der Inhalt dieser Constitution mit der Lehre von den Urtheilszinsen stehe. Soll aus derselben ein Argument gegen unsere Ansicht entnommen werden, so haben wir den Beweis zu gewärtigen. Es muss genügen, wenn wir die ins Auge springenden Verschiedenheiten der beiden Fälle kurz andeuten. Die Cumulation von Strafe und Zinsen beruht nun auf ausdrücklicher kaiserlicher Vorschrift, wobei der Verdacht einer blossen Willkürlichkeit nahe genug liegt; die *actio iudicati* ist dagegen ein Product des Civil-Rechtes. Die Höhe der Strafe ist hier und dort eine ganz andere; eben so ist

1) Einzelne Beispiele s. ebenda p. 122. 123. 143. vgl. auch L. 9. D. de mag. conv. (27. 8.) L. 1. C. de fisco. usur. (10. 8.)

2) Vgl. Noodt de fœnore et usuris Lib. I. c. 5. Lib. III. c. 6. 7. v. Mada i a. a. O. p. 354—358. Beide stimmen darin überein, dass die Verzugszinsen erst ein Product der ausgebildeteren Rechtstheorie sind, doch weichen sie darin von einander ab, dass jener ihre Einführung durch eine Constitution — wie er vermuthet, des Antoninus Pius — dieser durch die *auctoritas prudentium* bewirkt werden lässt. vgl. auch Glück Comm. Bd. XXI. p. 34—36.

3) Diese Erklärung wird von Gothofredus zu dieser Stelle gegen eine abweichende Ansicht [des Alciat vertheidigt. (S. auch Heffter Syst. §. 272. Not. 47.) Diese letztere, wonach die ganze Strafe in der sofortigen Zahlung der halben Schuld, nicht aber in einer Geldbusse von dieser Höhe bestand, nimmt wieder auf Hänel in seiner Ausgabe des Codex Theodosianus und begründet sie durch die Paraphrase der Interpretatio — *ita tamen ut medietatem debiti mox cogatur inferre*, — wogegen die Textesworte mehr die Gothofredische Erklärung zu begünstigen scheinen. Die weitere Erörterung dieser Streitfrage gehört nicht hierher. Wir können uns damit begnügen, zu zeigen, wie auch die unserer Ansicht anscheinend ungünstigere Auffassung ihr in Wahrheit dennoch nicht entgegen steht.

ihr Grund einmal ein gerichtliches Abläugnen, im anderen Falle eine ungerechtfertigte Verzögerung einer aussergerichtlichen Leistung. Die Verbindung zwischen beiden hängt hier an ziemlich schwachen Fäden, und wenn wir also mithin neben der Strafe noch einer Zinsverbindlichkeit begegnen, kann daraus nicht schon geschlossen werden, dass auch bei der *actio judicati* dasselbe stattfinden müsse, zumal das eigentlich pönale Moment der letzteren mehr nur darin liegen möchte, dass von dem Unterliegenden sofort das höchste mögliche Interesse¹⁾ gefordert wird, ohne dass jedoch das *alterum tantum* dabei seine Natur als Interesse völlig abstreifte.

In der Gestalt als Nichtigkeitsbeschwerde haben wir die *actio judicati* also nicht weiter in Betracht zu ziehen. Im Uebrigen dagegen führt sie direct zur Execution. Hier soll denn nun auch nach einem sehr klaren und bestimmten Zeugnisse auf die Judicatszinsen Rücksicht genommen werden.

L. 1. C. de usur. rei jud. (7. 54.) *Imp. Antoninus A. procuratoribus hereditatum. Is, qui bona secundum dictam sententiam prosequitur, eas quoque rationes habiturus est, ut qui post legitimum tempus placilis non obtemperaverit, usuram centesimam temporis, quod postea fluxerit, solvat. (s. l. et cos.)*²⁾

Vielleicht ist auch dem *secundum naturam judicati eum compelli solvere* in L. 3. C. eod. eine gleiche Bedeutung unterzulegen. Zwar ist dies ein Zeugniß, welches sich zunächst nur auf den fiscalischen Process³⁾ und den in der Kaiserzeit bei demselben üblichen Executionsmodus durch *pignoris capio*⁴⁾ bezieht, der übrigens auch für die *cognitio extraordinaria* das Regelmässige war, und diesen Zuständen gegenüber beweisend ist. Hier soll nun also der Executor selbst die Judicatszinsen ohne Weiteres wahrnehmen. Wie es dagegen bei der altcivilen Execution, bei der prätorischen *bonorum venditio*, wie endlich bei der *bonorum distractio* gehalten worden sei, darüber schweigen unsere Quellen, oder geben doch nur eine höchst

1) Vgl. L. 6. §. 3. D. de re jud. (42. 1.)

2) Eine ganz eigenthümliche Ansicht über die Natur der Judicatszinsen, dass dieselben nämlich nur dann zu fordern seien, wo der Richter ausdrücklich auf Zinsen erkannt habe, vertheidigt noch Glück Comment. Bd. XXI. p. 60. ff., wo auch einige litterarische Nachweisungen sich finden.

3) Vgl. Cujacius ad L. 31. 32. D. de jure fisci. (49. 14.) Tom. VIII. p. 427. Noodt l. l. Lib. II. c. 10. p. 284.

4) Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 30. p. 333. ff.

unsichere Auskunft. Wir müssen uns deshalb an die Natur der Sache halten. Was das alte civile Verfahren anlangt, so ist dort für Judicatzinsen allerdings kein Raum. Die Gläubiger, wenn deren mehrere sind, theilen die Güter des Schuldners *pro virili parte*, ohne nach der Grösse der einzelnen Forderungen zu fragen¹⁾, oder wenn man von einer andern Grundansicht ausgeht²⁾, die Execution erstreckt sich nur auf die Person des Schuldners, wobei dann selbstredend alle Rücksicht auf seine Güter und Schulden wegfallen muss. Nur, wo der einzelne Gläubiger den Judicatus seine Schuld abarbeiten lässt³⁾, kann die Frage nach der Zulässigkeit von Judicatzinsen entstehen; hier tritt nun aber wieder die ganze historische Entwicklung derselben und ihre Entstehung in einer weit späteren Periode, als die, wo jene Execution noch in Uebung war, jeder ernstlichen Erörterung dieser Frage von vorn herein entgegen. Ob im gleichen Falle nach dem späteren Recht diese Frage überhaupt entstehen konnte, möchte wegen der veränderten Natur der Personalexecution mindestens äusserst zweifelhaft sein⁴⁾. Bei einem wirklichen Concourse endlich war für Verzugszinsen und alles dem Aehnliche ebenfalls kein rechter Platz. Verzugszinsen können nur im Urtheil zugesprochen werden; auf eine andere Weise sind sie nicht geltend zu machen; sobald also das Recht des Gläubigers gerichtlich anerkannt ist, wird ihm dadurch auch die Möglichkeit auf fernere Verzugszinsen abgeschnitten und ebensowenig kann er ohne ein solches Urtheil zur Perception derselben gelangen. Zu einem solchen Urtheil gegen den ursprünglichen Gläubiger kommt es hier aber gar nicht mehr. Freilich ist gerade die Einforderung der Judicatzinsen von demselben unabhängig, da sie nur bei Gelegenheit der Execution wahrgenommen werden. Allein mit der Eröffnung des Concurses, glauben wir, musste überhaupt der fernere Lauf von Verzugszinsen u. s. w., wenigstens insoweit es sich um deren Geltendmachung gegen die Masse handelt, sistirt werden. Nachdem dem Schuldner die Veräusserung seiner Habe untersagt ist, und die ganze weitere Realisirung des Vermögens wie der einzelnen Forderungen an bestimmte Fristen gebunden erscheint, über die hinaus eine Beschleunigung des Verfahrens unthunlich ist, kann auch von einer Fortdauer der *mora*

1) Huschke a. a. O. p. 89.—92.

2) So Puchta, Inst. §. 179. p. 228. ff. Zimmern, Proc. §. 46. p. 133—135.

3) Huschke a. a. O. p. 94. 95.

4) Einen Zwang zum Abarbeiten hält hier überhaupt für unzulässig Huschke, a. a. O. p. 149. A. M. Keller, Civ.-Proc. §. 83. p. 357.

der Masse gegenüber nicht gesprochen werden. — Wir haben also freilich eine ganze Anzahl von Fällen, wo die Urtheilszinsen in der Execution ausfallen, allein der Grund hierfür liegt nicht sowohl in der Natur der Verfolgung des Judicates an sich, als in der eigenthümlichen Beschaffenheit der hier zu benutzenden Executionsmittel und der ganzen Verhältnisse, unter denen die Vollstreckung vor sich geht.

Nach allem dem — und dies ist das Resultat unserer bisherigen Erörterung — werden also die Judicatszinsen, wenn überhaupt, so nur incidenter bei Gelegenheit der Execution wahrgenommen; sie erscheinen als Accessorium des zuerkannten Capitals. Geht also auch die Klage aus der *stip. jud. solvi* auf diese Zinsen, so wäre nichts destoweniger ihr Inhalt dem der *actio judicati* völlig gleich. — In Wahrheit steht nun aber die Sache hier doch etwas anders. Wird nämlich mit der *actio ex stipulatu* vorgegangen, so muss auch Alles, was aus jener Stipulation geleistet werden soll, (*quidquid ex ea stipulatione d. f. oportet*) von dem Beklagten gewährt werden; der Inhalt der Stipulation ist nun aber, zu geben, *quantum ea res est*, nämlich *rem secundum me judicatam esse*. Das heisst nach der gewöhnlichen Interpretation das volle Interesse des Klägers¹⁾, zu welchem im vorliegenden Falle auch die Urtheilszinsen gehören. Hiernach kann man diese nicht mehr als ein Accessorium zur Stipulationsklage betrachten, da diese vielmehr schon principaliter und ihrem Wortlaute nach mit auf sie gerichtet ist. Das *officium judicis* kommt hier nicht direct, sondern höchstens erst in zweiter Linie in Betracht, insofern die Zinsen *officio judicis* in das „*quantum ea res est*“ eingerechnet werden. — Dennoch aber steht der Richtigkeit unseres Satzes: *Tanti committitur stipulatio, quantum judicatum sit* nichts entgegen. Die Stipulation wird committirt, sobald nur der Spruch abgegeben ist, wovon sich in L. 3. C. de usur. rei jud. eine einzelne Anwendung erwähnt findet — geht also zunächst auch nur auf die Judicatssumme, die Urtheilszinsen sind erst etwas später hinzutretendes. Ja sogar nach den vier *menses justi*, wie wir sie wohl nennen dürfen, ist der Stipulation doch, wenn sie auch die im Erkenntniss angegebene Summe übersteigt, die *certa quantitas* nicht

1) L. 11. D. de stip. praet. (46. 5.) L. 3. pr. L. 8. §. 2. *ratam rem hab.* (46. 8.) v. Savigny, System Bd. V. Beil. XII. No. 8. p. 454. Vgl. auch Schmidt Interd. p. 255. Wenn übrigens Puchta, Vorles. Bd. II. §. 224. p. 13. *quantum ea res est* für gleichbedeutend erklärt mit *litis aestimatio*, so darf und soll das nicht also verstanden werden, als ob darin schon die Beziehung auf die Geldcondemnation läge, vielmehr heisst es „*quantum ea res est, tantam pecuniam condemna.*“ (Gai. IV. §. 47. 51. al.)

abzusprechen. Ferner würde auch noch in Betreff eines selbst die Judicatszinsen übersteigenden Interesses jener erste Satz wahr bleiben, das Prädicat der *expedita quantitas* aber allerdings nicht mehr passen. Jedoch ist es hier überhaupt sehr zweifelhaft, ob nicht die Zinsen jede weitere Interesseforderung ausschliessen sollten ¹⁾.

Man könnte nun endlich noch die Frage aufwerfen, ob wir hier nicht der Erörterung darüber einen Platz einräumen müssen, in wie weit die Condemnation nicht bloss auf der *clausula de re judicata*, sondern daneben auch auf der *clausula de dolo* beruhe, wie dies die Ansicht Wetzells und Schlayers ist. Es würde sich auch hier ein Unterschied in dem Umfange der *cl. ob rem judicatam* nach den verschiedenen Meinungen herausstellen, da unserer Ansicht nach ihr Inhalt mit dem der Condemnation identisch ist. Diese Verschiedenheit entspringt aber weniger aus einer verschiedenen Auffassung der Clausel an sich, als des Wesens der ganzen *actio arbitraria*. Hierüber werden wir denn passender an einem anderen Orte reden. —

Nachdem wir nunmehr von dieser Seite unsere Auffassung der *stip. jud. solv.* gerechtfertigt haben, gehen wir über zur Betrachtung der

Clausula de re defendenda.

Man kann der *clausula de re defendenda* eine doppelte Function beilegen; ihre Aufnahme in die Stipulation aus einem zwiefachen Grunde erklären. War nämlich die *clausula de re judicata* zunächst gegen den Besitzer selbst gerichtet, indem nur auf sie hin das Endurtheil gesprochen wurde, die ganze formelle Fassung der Klage nur auf ihr beruhte, so kann analog auch diese Clausel ihre eigentliche Bedeutung nur in dem Processe gegen den ursprünglichen Beklagten in der Reivindication gehabt und gezeigt haben. Es erhebt sich hier also die Frage, welches denn nun diese Bedeutung gewesen sei. In diesem Sinne hat auch Wetzell dieselbe Frage aufgeworfen und seiner Ansicht von dem eigenthümlichen Zwecke unserer Caution getreu zu beantworten versucht ²⁾. Man kann aber andererseits auch glauben, dass der mangelnden Defension nur in Rücksicht auf die Fidejussoren erwähnt wurde, und man muss dies

1) vgl. L. 19. D. de peric. et comm. (18. 6.) und dazu v. Madai a. a. O. p. 383—386.

2) A. a. O. §. 26. p. 182—199.

sogar, wenn man in der Verpflichtung der Fidejussoren den Schwerpunkt der Stipulation findet. Diesen Weg werden wir demnach einschlagen, vorher aber zusehen, wie Wetzell bei seinem Nachweise verfahren ist.

Durch die *clausula de re judicata* — meint er ¹⁾ — sei dem Kläger sein Interesse an der Restitution des Streitobjectes nur bedingt, für den Fall nämlich zugesprochen, dass sein Eigenthum an dem Streitgegenstande gerichtlich werde anerkannt werden. Diese Anerkennung habe aber der Beklagte dadurch vereiteln können, dass er die gerichtliche Verhandlung über die Fristen hinauszog, nach denen gesetzlich die Processverjährung eintrat. Um diesen Frustrationen zu begegnen sei nun dem Beklagten das Versprechen abgenommen, auch für den Fall mangelhafter Vertheidigung das Interesse zu gewähren. Ein solches Versprechen sei aber um so mehr ein wirkliches Bedürfniss gewesen, als das ganze Verfahren ausschliesslich auf einer Stipulation beruhte. Hier nämlich hätte das Judicat, welches die Bedingung der Leistung des Interesses ausmachte, nicht anders als im ursprünglichen, natürlichen Sinne genommen werden können, in welchem es als die Folge und das Ergebniss einer zweiseitigen gerichtlichen Verhandlung erscheine, jedes Contumacialurtheil also entschieden ausschliesse. Ein solches sei mithin im Vindicationsprocesse erst durch die *clausula de re defendenda* möglich geworden.

Wir müssen vor Allem zweierlei unterscheiden, wenn wir zu einer klaren Anschauung der hier obwaltenden Verhältnisse gelangen wollen. Einmal die *contumacia in jure*, dann die *in judicio*. Es mag ferner daran erinnert werden, dass wir es zunächst nur mit der Zeit der klassischen Jurisprudenz zu thun haben, mit deren ersten Anfängen auch die Ausbildung des Verfahrens *per formulam petitoriam* zusammen fällt. Dies vorausgesetzt, enthält die Wetzellsche Argumentation für die *contumatio in jure* einen vollständigen Fehlschluss. Der Grundgedanke derselben ist doch eben der, ein Contumacialurtheil habe nicht gefällt werden können, weil die Bedingung des in Anspruch genommenen Rechtes noch nicht existent geworden sei. Die Begründung dieses Rechtes, der Nachweis desselben gegen den *indefensus* wurde aber in dieser Periode des Römischen Processes noch gar nicht gefordert. Nicht weil der Beklagte Unrecht hat, wird die *missio in bona* gegen ihn verhängt, sondern weil er sich auf die Klage nicht einlässt ²⁾. Was hat also der Richter dar-

1) A. a. O. p. 182. 183.

2) Bethmann-Hollweg, Proc. §. 26. p. 278. ff. §. 29. p. 314. 15.

nach zu fragen, ob die Bedingungen der Condemnation erfüllt seien oder nicht, sobald der Beklagte die Litiscontestation einmal verweigerte? Dass die *actio in rem* hierin den persönlichen Klagen ganz gleich gestanden habe, folgt nicht nur aus der Natur der Sache, sondern wird in unseren Quellen auch noch ausdrücklich bezeugt. Ganz unabhängig von der Leistung der *stipulatio judic. solv.* wird die regelmässige Execution, die *missio in bona* verfügt ¹⁾).

L. 7. §. 16. D. quib. ex reb. in poss. (42. 4.) *Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona ejus possideri, venumque dari possint! Exstat Neratii sententia existimantis, bona esse vendenda; et hoc rescripto Hadriani continetur, quo jure utimur.* (Ulp. Lib. 59. ad. Ed.) ²⁾

Der ganze Zusammenhang ³⁾ zeigt es, dass der Jurist hier von einer *contumacia in jure* redet, nicht von dem auch sonst noch er-

Zimmern a. a. O. §. 116. §. 136. Not. 4. Puchta Inst. II. §. 160. p. 78. ff. §. 173. a. E., A. M. Heffter, Syst. §. 320. p. 401. ff.

1) Ein Unterschied zwischen den Klagen auf Geld und den übrigen, wie ihn Wetzell a. a. O. p. 186. statuirt, ist gewiss ungegründet; die *Lex Rubria* giebt dazu keine Veranlassung. Vgl. Puchta Kl. civ. Schriften p. 538—541. Huschke R. d. Nexum p. 164. ff. s. auch Keller a. a. O. §. 83. p. 357—360.

2) Vgl. Bethmann - Hollweg a. a. O. §. 26. p. 284. Heffter, Syst. §. 320. p. 403. Gegen diese Ansicht darf man auch nicht die im folgenden Paragraphen der L. cit. mitgetheilte abweichende Meinung des Celsus anführen und die ganze Sache als controvers darstellen. Celsus geht auf den Rechtspunkt gar nicht ein, sondern beruft sich bloss auf factische Gründe (*commodius se existimare*). Ein anderer Zweifel könnte aus Folgendem hergeleitet werden. Die *bonorum venditio* findet durchgehends nur im Falle eines *latitare* Statt. Bei einfacher Abwesenheit hat erst die *cautio jure sisti* dieselbe zur regelmässigen Folge. Da nun die *stip. jud. solvi* die Function dieser Caution zugleich mit versieht, ist die *bonor. vend.* als ihre Wirkung zu betrachten. Gerade dies wurde aber gewiss bei der Interposition der Stipulation nicht beabsichtigt. Ein Blick auf die Formel derselben lehrt das; ja, war man doch gerade bemüht, diese zufällige Wirkung wieder aufzuheben. vgl. L. 7. §. 17. cit. L. 18. D. si servit. vind. (8. 5.) L. 21. §. 2. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.) und überhaupt Keller, Civ. - Proc. §. 84. p. 362. ff.

3) Vgl. §. 1. cit. und nach §. 15. heisst es: „*si quis actione de peculio filii vel servi nomine conveniri possit* — dies war also noch nicht geschehen.

wähnten ¹⁾ *latitare post litem contestatam*. Die *stip. jud. solvi* war also auch hier noch nicht interponirt und, um im Wege des Contumacialverfahrens vorzugehen, auch nicht nöthig. Man hätte sich demnach mit der Leistung dieser Stipulation zunächst in eine schlimmere Lage gebracht als vorher, und nun erst durch die *cl. de re def.* nachhelfen müssen. Oder, wenn wirklich die Leistung der Stipulation eine solche *conditio sine qua non* war, wie machte man es alsdann, — denn Wetzell setzt bei seiner Besprechung unserer Clausel überall nur den Fall voraus, wo die Caution geleistet ist — wenn der Besitzer auch zu dem Zwecke sich nicht treffen liess! Man sieht, wie die Schwierigkeiten, zu deren Beseitigung unser Autor erst künstliche Mittel anbietet, wenn wir von dem oben gerügten Fehler abstrahiren, überhaupt erst dadurch geschaffen werden, dass er die Vindication auf die *stipulatio judicatum solvi* gründet.

Die Nothwendigkeit jener zweiten Clausel wäre also höchstens für die *contumacia in judicio* mit einigem Scheine zu behaupten, wo allerdings angenommen wird, der Beklagte habe die Existenz des vom Kläger beanspruchten Rechtes in Abrede gestellt, und wo es dem letzteren dann freilich obliegt, den Beweis desselben zu erbringen. Aber gerade für diesen Fall haben wir ein positives Zeugniss, dass auch eine Contumacialverhandlung hinreiche, um auf dem Grunde der *clausula ob rem judicatam* weiter vorzugehen, dass mit einem Worte diese auch hier für verfallen gelte. Es ist dies eine schon von Wetzell²⁾ benutzte Stelle.

L. 13. pr. D. jud. solv. (46. 7.) *Cum querebatur, si interposita judicatum solvi stipulatione, cum quis rem non defenderet, postea ex eremodicio sententiam esset passus, an ob rem judicatam clausula committatur? Dicebam unam clausulam in stipulatione judicatum solvi et ob rem non defensam et ob rem judicatam in se habere. Cum igitur judicatum solvi stipulatio una claudatur clausula, sive res judicetur, sive non defendatur, merito quaeritur, si ex altera causa committatur, an ex altera rursus committi possit.* (Ulp. Lib. VII. Disp.)

Wir brauchen diese Stelle nicht vollständig auszuschreiben, schon diese Worte genügen, um den Standpunkt, den Ulpian bei der Be-

1) Vgl. z. B. L. 42. §. 7. D. de procurat. (3. 3.)

2) A. a. O. p. 184.

antwortung dieser Frage einnimmt, vollständig erkennen zu lassen. Wäre das Verfallen der Clausel nur in Folge eines wirklichen nach Rede und Gegenrede abgegebenen Urtheils möglich, was hätte Ulpian auf die Frage, ob die *clausula ob rem judicatam* nach ergangener Contumacialsentenz als committirt anzusehen sei, antworten müssen? Nein, sie ist es nicht. Es kann in Folge eines Contumacialurtheils immer nur auf Grund der *clausula ob rem non defensam* weiter processirt werden. Was sagt er nun aber? Sie sei um deswillen nicht verfallen, weil die *clausula ob rem judicatam* mit der *de re defendenda* in einem disjunctiven Verhältnisse stehe; die letztere aber wegen der unterlassenen Vertheidigung bereits committirt worden sei. Ohne dies also wäre jene dennoch verfallen. Das Resultat, zu welchem wir hiernach gekommen sind, ist also kein anderes, als dass die *clausula ob rem non defensam* um den ungehinderten Fortgang des Processes zu sichern, falls dieser sich in Bezug auf dessen Beginn oder Fortsetzung einen Ungehorsam zu Schulden kommen lassen sollte, nicht erst nöthig war, ja dass die Annahme, sie sei aus diesem Grunde in die Stipulation aufgenommen, was die *contumacia in jure* anlangt, eine entschiedene Unrichtigkeit enthält. Es ist desshalb auch nicht mit Wetzell¹⁾ aus der Stipulation oder den ihre Interposition begleitenden Umständen abzuleiten, was zur rechten Vertheidigung gehöre, sondern lediglich nach rein processualischen Grundsätzen zu beurtheilen. Wir können um deswillen denn auch diese Frage durchaus auf sich beruhen lassen.

Von der Unhaltbarkeit der Wetzellschen Erklärung überzeugt, hat sich Schlayer²⁾ nach einer anderen Interpretation unserer Clausel umgesehen und ist hierbei auf folgende Hypothese gekommen. Die *clausula de re defendenda* habe den Zweck gehabt, die drei Edicte oder Denuntiationen³⁾, welche der Verurtheilung des Beklagten im Eremodicium sonst vorausgehen mussten, dem Kläger zu ersparen und einen baldigen Spruch herbeizuführen, indem er nunmehr aus der Stipulation, und zwar der *clausula de re defendenda* klagen konnte, wobei er sich wohl meist gegen die Bürgen wird gewendet haben. Es wäre hiernach die ganze Clausel auf die *contumacia in judicio* berechnet gewesen, denn wenn der Beklagte es nicht zur Litiscontestation hatte kommen lassen, konnte die neue Klage aus der Clausel nicht eben viel darin bessern. Besonders einleuchtend ist der Vor-

1) A. a. O. p. 185 ff.

2) A. a. O. §. 22. p. 239—243.

3) Vgl. Bethmann-Hollweg, Proc. §. 27. p. 290. Not. 5. Heffter, System §. 320, 322.

theil, der dem Kläger in dieser Weise gewährt wird, für das Justinianische Recht, wo erst, wenn die dreijährige Processfrist abzulaufen drohte ¹⁾, die Denuntiationen gegen den nach der Einlassung ungehorsamen Beklagten erlassen wurden. Hier konnte denn entweder der Kläger die Bürgen aus der *clausula de re defendenda* belangen, oder er hatte doch den Vortheil, dem *indefensus* gegenüber an kürzere Fristen gebunden zu sein ²⁾. Eine Inconsequenz dieser Ansicht liegt nun aber schon darin, dass in die Stipulation, auf welcher die Reivindication beruht, eine Clausel mit aufgenommen wird, welche niemals in diesem, sondern immer erst in einem anderen Judicium wirksam werden kann. Was ihr aber entschieden im Wege steht, ist die processualische Consumtion. Nachdem einmal das „*quidquid ex ea stipulatione dare facere oportet*“ in Judicium deducirt worden war, kann nicht eine nochmalige Klage aus einer Clausel dieser Stipulation, also auch auf ein *dare facere oportere ex ea stipulatione* erhoben werden ³⁾. Freilich ist im Justinianischen Recht die novirende Wirkung der Litiscontestatio und der *exceptio rei in judicium deductae*, die jene ergänzte, völlig fortgefallen. An deren Stelle aber trat ein anderer Grundsatz ⁴⁾: das Verbot einer gleichzeitigen Verhandlung derselben Sache bei verschiedenen Richtern. Nun konnte zwar der Kläger jenes erste Verfahren fallen lassen, eine neue Klage gegen den Contumax anstellen und hier in dessen Abwesenheit gegen ihn processiren. Kam er nun und stand dem Kläger im zweiten Processe zu Recht, so war jenes erste Verfahren durch seine Einwilligung definitiv erloschen. Bis dahin oder zum Contumacialurtheil musste jener immer gewärtig sein, von seinem Gegner zu dem zuerst angestellten Processe zurückgerufen zu werden. Das letztere halten wir nun zwar nicht gerade für einen abnormen Zustand; es findet sich wirklich bei der Klage aus der *clausula de re defendenda* etwas Aehnliches, insofern auch nach der Litiscontestatio mit einem der Fidejussoren dem Hauptbeklagten immer noch freisteht, den begonnenen Rechtsstreit wieder aufzunehmen und dadurch die Absolution des Bürgen herbeizuführen ⁵⁾. Allein

1) L. 13. §. 5. C. de judic. (3. 1.) vgl. Bethmann-Hollweg §. 27. p. 293. Schon unter den Glossatoren bestanden hierüber mancherlei Streitfragen. cf. Haenel, Dissensiones Dominor. Lips. 1834. Collect. Hugol. §. 93. p. 331. f.

2) L. 68. bis 73. L. 75. D. de judic. (5. 1.). Bethmann-Hollweg §. 26. p. 288.

3) Vgl. Keller, Lit. Contest. §. 33. p. 255. ff.

4) Vgl. Planck, Mehrheit d. Rechtsstreit. §. 3. p. 11. ff.

5) Vgl. Wetzell a. a. O. p. 193. Dieser Umstand zeigt uns zugleich,

das Unnatürliche liegt darin, dass das Recht selbst also die Hand dazu bieten soll, einen Zustand hervorzubringen, den es sonst durch Cautionen und Strafanordnungen mannigfacher Art auszuschliessen bemüht ist¹⁾. Selbst aber wenn die Erklärung Schlayers im Justinianischen Rechte zu einem einwandfreien Ergebnisse führte, wäre damit in der Hauptsache dennoch nichts gewonnen. Dem classischen Rechte gehört die *stipulatio judicatum solvi* an, unter seiner Herrschaft hat sie wenigstens ihre Blüthe gehabt, und darum muss denn auch für dieses die ursprüngliche Bedeutung der *clausula de re defendenda* nachgewiesen werden.

Unsere Gegner bleiben uns nun aber nicht bloss diesen Nachweis schuldig, sondern auch abgesehen davon, dass wir über die Nothwendigkeit unserer Clausel keine Aufklärung erhalten, sind sie nicht einmal im Stande, über die Art ihrer gegenwärtigen Wirksamkeit, die man sonach als *fait accompli* annehmen müsste, überall genügende Auskunft zu geben. Es erheben sich nämlich gegen die von ihnen aufgestellte Lehre, als habe die Stipulation der Hauptklage zu Grunde gelegen, von allen Seiten eine Menge Schwierigkeiten, die gerade bei der Anwendung der *clausula de re defendenda* vorzugsweise scharf hervortreten, und zu deren Beseitigung erst die künstlichsten Mittel in Bewegung gesetzt werden müssen. Wir rechnen hierher vor Allem das schon mehrfach von uns berührte Verhältniss des *promissor judicatum solvi* und seinen Sponsoren. Die von ihnen beiderseits zu leistende Stipulation ist, wie dies oben von uns nachgewiesen wurde²⁾, völlig identisch. Beide sind also Correal-schuldner des Klägers. Dient nun diese Stipulation dem ganzen Verfahren gegen den Beklagten zur Grundlage, so muss in Folge der auf sie hin vorgenommenen Litiscontestation auch die ganze Obligation aufgehoben, die Sponsoren vermöge der processualischen Consumtion liberirt werden³⁾. Eine weitere Klage ist gegen sie also nicht mehr möglich. Dennoch beruht die ganze practische Bedeutung der Zuzie-

dass man hier keinesweges an einen förmlichen Verzicht des Klägers auf die ganze bisherige Klage gegen Erstattung der Processkosten zu denken hat, wo dann freilich wohl von vorn herein die ganze Klage, nicht aber das Klagrecht, abgethan war. Vgl. Planck, Bew. Urtheil p. 254. Not. 2.

1) S. Planck, Mehrh. §. 3. p. 18.—22.

2) S. oben p. 102.

3) Vgl. Keller, Lit. Cont. §. 52. p. 435—450 Ribbentrop, Zur Lehre von den Correalobligationen. Göttingen 1831. §. 17. p. 106—110. §. 28. p. 259—264. v. Savigny, Obligat.-Recht §. 17. p. 147. 148.

hung von Bürgen ausschliesslich auf der Möglichkeit, auch nach der Litiscontestation mit dem Hauptbeklagten sich noch gegen jene zu wenden. Denn ohne dies hätte der Kläger statt einer Sicherheit dafür, dass sein Gegner dem Spruche nachkommen werde, höchstens ein Wahlrecht, gegen welche unter diesen Personen er seine Klage anstellen wolle, erhalten. Unsere Quellen bezeugen uns nun aber nicht bloss jene Möglichkeit, sie gehen noch weiter und belehren uns, dass auch, nachdem mit dem Bürgen aus der Stipulation *Lis contestata* ist, dennoch der erste Beklagte nicht frei wird. Neben einer andern sich hieraus ergebenden Eigenthümlichkeit der *stip. jud. solvi* vor den gewöhnlichen Conventionalstipulationen, von der noch später die Rede sein wird, ersehen wir hierbei, wie gewiss die Litiscontestation mit dem ersten Beklagten jenes Correalverhältniss nicht ergriffen hat, noch auch der Process gegen den Bürgen auf den ursprünglichen Rechtsstreit zurückwirkt, woraus sich denn der Schluss fast unabweislich aufdrängt, dass die Correalobligation nicht das Object der beiden Processe sein könne. Wir lassen nunmehr unsere Beweismstellen folgen:

L. 3. §. ult. D. jud. solv. (46. 7.) *Si plures fuerint fidejussores, postea quam cum uno lis contestata est ex clausula ob rem non defensam, ipse reus potest suscipere defensionem.* (Ulp. Lib. 77. ad Ed.) ¹⁾.

L. 4. D. eod. *Is autem, cum quo actum fuit, absolvi debet* (Julian. Lib. 55. Dig.)

L. ult. D. eod. *Si unus ex fidejussoribus ob rem non defensam conventus sit, deinde postea res defendatur, alter fidejussorum ob rem judicatam conveniri potest.* (Scaevol. Lib. sing. quaest. publ. tractatar.) ²⁾.

Wetzell erklärt diese Erscheinung also ³⁾: Die Hauptverbindlichkeit (d. i. die des Besitzers oder Procurators) ist von der Art, dass die ihr beigefügten Bedingungen erst während des Processes existent werden können. Die Litiscontestation selbst aber gehört nicht zu den Thatsachen, welche die Commission des Interesses bewirken;

1) Selbst noch in den neueren Ausgaben, so in der Beckschen Octavausgabe (Lipsiae 1826. sq.) wie der Kriegelschen (ibid 1833.) ist hier in der Interpunction gefehlt, indem das Komma nach „*contestata est*“ steht. Auch die Basiliken in der Synopsis (IX. 10. 3.) sprechen gegen die gerügte Interpunction: *Δύναται ὁ ἐναγόμενος διεκδικεῖν τὸν ἐγγυητὴν ἐναγόμενον ἐκ τοῦ τὸ πρᾶγμα μὴ διεκδικεῖσθαι.*

2) Vgl. L. 5. pr. L. 16. §. 1. D. eod.

3) A. a. O. p. 193. 194.

denn das Verfallen der *Clausula de re defendenda* wird durch sie vielmehr verhindert, und zu dem der *Clausula Judicatum solvi* ist sie nur ein erster Schritt. Eben darum kann aber die *Litiscontestatio* die aus der *Stipulation* noch entstehende *Obligation* nicht tilgen; es ist dies der *Condemnation* vorbehalten. Wegen der Einheit der *Obligation* muss aber dasselbe von der Haftung der Bürgen gelten, und wenn daher mit einem derselben der Streit befestigt ist, so wird dadurch der Besitzer nicht befreit.

Es wird bei dieser Darstellung nun einmal vorausgesetzt, dass die *Stipulation* vor Eintritt der Bedingung keine *Obligation* erzeuge, welche durch die *Litiscontestatio* getilgt werden könne; im übrigen aber scheint uns die gegnerische Argumentation nur das zu beweisen, dass die *deductio in iudicium* einer noch nicht existenten *Obligation* überhaupt eine Unmöglichkeit sei, insofern dieselbe ja gerade dadurch bewirkt wird, dass das bisherige Rechtsverhältniss sich in ein *condemnari oportere* umwandelt¹⁾. Wo dies aber nicht der Fall ist, wird damit überhaupt der Weg zur *Condemnation* zu gelangen, völlig abgeschnitten. Die ganze Beweisführung geht somit weit über ihr Ziel hinaus. Aber auch davon abgesehen könnte man die Richtigkeit jener Voraussetzung noch in Zweifel ziehen wollen. Es ist dies zwar nicht unsere Absicht; indessen scheint es doch nicht überflüssig, das dabei in Rede kommende Verhältniss mit einigen Worten zu besprechen, da auch wir im Obigen von dem Satze ausgegangen sind, eine bedingte *Stipulation* werde von der *Litiscontestatio* nicht berührt, und sonst diese Frage meist völlig bei Seite gelassen wird.

Die allgemeine und wesentliche Wirkung der *Litis Contestatio* besteht bekanntlich darin, dass die *actio* d. h. dass das Klagrecht in *Judicium* deducirt und consumirt wird²⁾. Es kann aber natürlich eine solche Consumption nur da eintreten, wo schon ein Gegenstand für dieselbe vorhanden ist, darauf beruht die ganze Lehre von der *causa superveniens*³⁾. Es ist also die Frage zu beantworten, in wie fern bei einer bedingten *Obligation* und insbesondere bei einer bedingten *Stipulation* ein der Consumption fähiges Recht bereits exi-

1) Vgl. Gai. Inst. III. §. 180. Darin stehen nun auch die jud. imp. cont. nicht anders, nur dass das *condemnari oportere* hier kein streng civilrechtliches ist. Vgl. Keller L. C. §. 12. p. 112—117. §. 14. p. 125. ff.

2) S. Keller a. a. O. §. 8. p. 82. §. 9. p. 87—92. v. Savigny, System Bd. VI. §. 258. p. 23—25.

3) S. Keller a. a. O. §. 35. p. 292—295. v. Savigny a. a. O. §. 262. No. V. p. 64. ff. §. 300. p. 463. ff.

stent geworden ist. Ein gewisses obligatorisches Verhältniss, wonach der Wille des einen Contrahenten durch den Willen des anderen gebunden erscheint, glauben wir hier nun auch schon *pendente conditione* annehmen zu müssen. Damit stimmt nicht nur eine Anzahl einzelner Wirkungen des zur Zeit noch schwebenden Rechts überein, sondern auch allgemeinere Aussprüche unserer Quellen sagen uns dasselbe ¹⁾).

L. 54. D. de V. S. (50. 16.) *Conditionales creditores dicuntur hi* ²⁾), *quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.* (Ulp. Lib. 62. ad Ed.)

L. 10. D. eod. *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione — sive pure, sive in diem, vel sub conditione.* (Ulp. Lib. 6. ad Ed.)

Also, wenn die Berechtigten auch nur *conditionales creditores* sind, so sind sie doch immer schon jetzt *creditores*. Noch deutlicher tritt dies in folgender Stelle hervor, wo sogar ein wesentlicher Unterschied zwischen einer bedingten Stipulation und einem bedingten Legate statuirt wird.

L. 42. pr. D. de O. et A. (44. 7.) *Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor: sed tunc, quum exstitit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.* (Ulp. Lib. 21. ad Ed.)

Für das Vindicationslegat bedarf dies kaum einer weiteren Begründung; mit Eintritt der Bedingung geht das Eigenthum an der vermachten Sache ohne Weiteres auf den Vermächtnissnehmer über; vorher hat er keinen auch nur bedingten Anspruch auf sie. *Titio fundum do, lego, si heredi meo decem dederit* ³⁾), so lautet die Formel eines solchen Legats. Offenbar erscheint hier das *do, lego* selbst als bedingt, während z. B. bei einer bedingten Stipulation das *spondeo* schon gegenwärtig geschieht und nur in dem Object die Bedingtheit liegt. Aber auch bei einem Damnationslegate — von einem solchen spricht wohl unser Fragment zunächst — soll unerachtet der obligatorischen Form, in welcher es dem Legatar hinter-

1) W. Sell, Ueber bedingte Traditionen. Zürich 1839. p. 16—19.
v. Vangerow, Pand. §. 95. p. 162.

2) Flor. „et hi.“

3) Vgl. L. 81. §. 5. D. de leg. I. (30.)

lassen wurde, dasselbe wie von jenem gelten. Der natürliche Inhalt jeder letztwilligen Verfügung besteht nun auch in einer Zuwendung aus dem Nachlasse¹⁾. Schon hierin spricht sich die überwiegende Richtung aller Legate auf etwas Sächliches aus, und so kommt es denn selbst bei einem in eine obligatorische Form eingekleideten Vermächtnisse, dem Erblasser gewiss nicht darauf an, eine Obligation zwischen seinen Erben und dem Vermächtnissnehmer zu begründen, sondern nur darauf, dass der letztere den Gegenstand der durch das Legat entstandenen Verbindlichkeit erhalte. Jene Form ist also etwas rein Zufälliges, und wenn auch vom Testator Gewolltes, so doch nur um äusserer Gründe und Verhältnisse willen Gewähltes. Wenn wir also einmal von dieser Form abstrahiren, so würde es dem Wesen der Sache nur durchaus entsprechen, dass auch hier, wenn das Legat von einer Bedingung abhängt, der Honorirte wie bei dem Vindicationslegate erst mit der Existenz derselben einen Anspruch auf den ihm zugewendeten Gegenstand erhalte; so dass der Unterschied nur darin bestände, in dem einen Falle erhält der Bedachte ein Recht an der Sache, im anderen ein Recht auf dieselbe. Aber wie war dies Resultat trotz der entgegenstehenden obligatorischen Form möglich? Wir glauben, es kommt auch hier nur auf die richtige Interpretation der Legatsworte an. *Si Primus mihi heres non erit, damnas esto Secundus dare*²⁾. Will man hier freilich das *dare* nur von der Bedingung abhängig sein lassen, so wird man in einen wahren Widerspruch mit den positiven Zeugnissen gerathen. Allein, warum soll denn nicht das *damnas esto* selbst von dem Umstande, dass *Primus* nicht Erbe werde, abhängig sein? Dafür spricht nicht nur die Formel „*item dare damnas esto*“³⁾, wobei das *damnas esto* als modificirt erscheint, sondern es wird auch erst durch diese Annahme eine vollständige Analogie mit dem Vindicationslegate hergestellt, und nicht bloss der Effect der Verfügung, (das *dare*) sondern diese selbst (das *damnas esto* ebenso wie das *do, lego*) zur bedingten gemacht. Und gewiss liegt hierin nichts Auffallenderes, als wenn man dem Erblasser zugesteht, über das Eigenthum eines Nachlassgegenstandes in derselben Weise zu disponiren, nachdem man es überhaupt für zulässig erachtet hatte, dass er den Erben

1) Vgl. Huschke, R. d. Nexum. p. 219. ff.

2) S. L. 19. §. 1. D. de cond. et dem. (35. 1.)

3) L. 63. D. de leg. III. (32.) In der Form „*dato*“ liegt zugleich die Disposition selbst mit enthalten. Hier ist es noch schwieriger zu entscheiden, ob dem Wortlaut nach die Bedingung auf die Disposition oder deren Object gehe.

Verbindlichkeiten auferlegte. — In etwas abweichender Weise fasst H u s c h k e ¹⁾ unsere Stelle auf, wenn er darin den Satz findet, dass die Bedingung des Legates bei ihrem Eintritte „nicht auf den Anfang des Geschäftes, wie bei Stipulationen, zurückbezogen wird, also nicht auf den Zeitpunkt des Todes, sondern der Legatar erst vom Eintritt der Bedingung an Eigenthümer oder Creditor wird“, wofür er als Grund angiebt, „dass die Bedingung beim Legat nicht sowohl wie bei Traditionen oder Stipulationen die Bedeutung hat, den Willen hinsichtlich des legirten Objectes, sei es Eigenthum oder Obligation, als vielmehr den hinsichtlich der Person des Legatars und deren Berechtigung selbst zu suspendiren, mithin so viel sagen will, als: wenn der Legatar beim Eintritte dieses Umstandes lebt; denn stirbt derselbe vor Eintritt der Bedingung, so ist das Legat nichtig, während die bedingte Stipulation auf die Erben transmittirt wird.“ — Einmal nämlich zweifeln wir, ob diese materielle Begründung ausreiche, die ganze Erscheinung, um welche es sich handelt, ohne Berücksichtigung der formellen Seite zu erklären. Zweitens weichen wir von ihm in der unserem Fragmente gegebenen Deutung ab. Nach unserer Auffassung wäre in der L. 42. D. cit. nicht das Verbot der Retrotraction, sondern der Grund ausgesprochen, warum die Transmission des bedingten Legats auf die Erben des Honorirten nicht erfolgt: eine Berechtigung, welche noch gar kein Dasein hat, kann natürlich auch nicht geerbt werden. Für unsere Ansicht dürfte nun aber Folgendes anzuführen sein. Schon dem Wortlaute nach redet unser Fragment nur von dem Zustande *pendente conditione*, nicht aber darüber, wie es nach dem Eintritte der Bedingung gehalten werden soll. Ueberhaupt aber kann die Retrotraction bei bedingten Vermächtnissen wohl nur in einem sehr beschränkten Sinne geläugnet werden ²⁾. Allein, wie sind wir im Stande, dieselbe von unserem Gesichtspunkte aus zu erklären? Wenn wir oben das *do, lego*, das *damnas esto*, nicht bloss dessen Object, das *dare*, für ein bedingtes und darum gegenwärtig noch nicht Existentes erklärten, so ist damit doch noch nicht gesagt, dass die letztwillige Verfügung an sich auch etwas Schwebendes sei; vielmehr verhält sich das *do, lego, damnas esto* etc. zu ihr erst wieder wie der Inhalt zur Obligation. Daher erscheint denn auch das Recht des Erben durch den Willen des Erblassers von vorn herein als gebunden, und die Erbschaft selbst wird gleich mit

1) Zeitsch. f. Civ.-R. u. Proc. Bd. 20. (1844.) No. 5. Vom bedingten und dem mit einem *dies* behafteten Pfandrecht. p. 149.

2) Vgl. P u c h t a Vorles. Bd. I. §. 61. p. 130. v. V a n g e r o w Pand. §. 95. p. 165. No. 3. v. S a v i g n y Syst. Bd. III. §. 120. No. 4. u. 5. p. 152. 153.

der Errichtung des bedingten Legates in ihrer Substanz vermindert. Dem steht es auch nicht entgegen, dass zur Zeit aus dieser Verminderung noch Niemand ein Recht ableiten kann. Das *dare* freilich setzt immer einen Empfänger, das *damnas esto* einen Gläubiger voraus, der Umfang der Erbschaft dagegen ist etwas nur an sie selbst Gebundenes. Und so ist denn nach unserer Anschauungsweise die Nothwendigkeit, dass der Bedachte die Existenz der Bedingung erleben muss, nicht eigentlich als Folge der unterbleibenden Retrotraction, die selbst erst wieder das Ergebniss einer eigenthümlichen Interpretation der ganzen Verfügung wäre, zu betrachten, sondern als Folge davon, dass mit dem Tode des Legatars der Inhalt der Disposition selbst unerfüllbar wird. Ein *dare* an, ein *damnas esto* für den verstorbenen Lucius Titius ist freilich undenkbar. — Ueberhaupt aber sind Unverbindlichkeit des Legats und Ausschliessung der Retrotraction keineswegs einander gegenseitig bedingende Begriffe. Wir begegnen auch sonst wohl im Römischen Rechte Verhältnissen, wo, unerachtet die Obligation unmittelbar an die Personen der Contrahenten geknüpft ist, und unerachtet dies gerade vermöge der besonderen Intentionen der Parteien bei dem Vertragsabschlusse geschieht, diese Rücksicht auf die individuellen Persönlichkeiten dennoch die Retrotraction der Bedingung nicht gehindert hat. Dahin gehören z. B. die Stipulationen auf ein *facere*, welche nach L. 13. C. de cont. stip. (S. 38.) von den alten Juristen zum Theil für unvererblich gehalten wurden¹⁾, ohne dass uns irgend etwas von einem Zweifel über die Möglichkeit der Retrotraction in solchen Fällen bekannt ist. Es soll nun zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass das Motiv für die Unvererblichkeit hier ein anderes ist, als bei den Legaten, dass es dort rein in dem Subject des Honorirten, hier nur in sofern in der Person des Contrahenten liegt, als die Eigenthümlichkeit der Leistung durch diese bedingt wird. Dennoch thut diese Verschiedenheit der Beweiskraft unserer Analogie keinen Eintrag, insofern das Verbot der Retrotraction ja nur um der Unvererblichkeit willen ausgesprochen sein soll.

Man möchte nun hiernach auch wohl bei bedingten Legaten und Obligationen in Betreff der consumirenden Wirkung der Litiscontestation auf sie eine Verschiedenheit erwarten. Dass dieselbe im ersteren Falle völlig wegfällt, ist der Natur der Sache gemäss, und wird auch durch äussere Quellenzeugnisse hinlänglich beglaubigt.

1) S. hierüber v. Scheurl; Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts. Erlangen 1852. p. 114—118.

L. 25. §. 1. D. de liberal. caus. (40. 12.) *Interdum ex integro datur ad libertatem proclamatio, veluti ei, qui affirmat, ideo se primo iudicio victum, quod statuta libertas ei nondum obtigerat, quam nunc dicit sibi obtigisse.* (Gaius ad Ed. Praet. urb. Tit. de lib. caus.) ¹⁾.

Wie ist es nun mit den bedingten Obligationen? Nach klaren Quellenzeugnissen soll auch hier durch die verfrühte Klaganstellung die Erneuerung der *actio* nicht ausgeschlossen werden.

L. 13. §. 5. D. de pign. et hyp. (20. 1.) *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur, sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit.* (Marcian. Lib. sing. ad formul. hypothecar.)

L. 43. §. 9. D. de aedil. ed. (21. 1.) *Si sub conditione homo emptus sit, redhibitoria actio ²⁾ ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest; et ideo et si ex emto, vel venditio, vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi poterit* (Paull. Lib. I. ad Ed. Aedil. Curul.) ³⁾.

Allerdings sprechen diese Stellen zunächst nur von *in factum actiones*; die erstere sogar von der *actio hypothecaria*, die man wohl schlechtweg zu den *in rem actiones* zu rechnen gewohnt ist. Unerachtet sie nun in ihrer Richtung einen rein dinglichen Charakter zeigt, indem sie die *persecutio pignoris* zum Ziele hat, steht sie

1) Vgl. damit L. 36. D. de solut. (46. 3.) mit der trefflichen Erklärung von v. Scheurl a. a. O. p. 82. Dem für die Legate hier gewonnenen Resultate kann auch nicht mit einem *argumentum a contrario* aus L. 11. §. 4. D. de exc. rei jud. (44. 2.) begegnet werden. Dort nämlich handelt es sich um eine *alia causa superveniens*, weswegen das *acquisitum medio tempore dominium* die erste *causa* abgeben muss; hier um den Eintritt eines Klagrechts, wo vorher noch keines vorhanden war. Man darf also aus der Erwähnung des *d. m. t. a.* nicht schließen, dass die Entscheidung anders ausfallen würde, falls gleich aus dem Testamente geklagt wäre. Ueberhaupt wird hier aber ein Vindicationslegat vorausgesetzt.

2) Die Vulgata und Haloander lesen hier „*actione*“. Im Sinne wird dadurch nichts geändert.

3) Vgl. L. 19. pr. §. 1. D. de pec. const. (13. 5.)

doch andererseits den obligatorischen Klagen dadurch, dass sie in ihren Voraussetzungen in derselben Weise wie diese an die Existenz thatsächlicher Umstände geknüpft ist¹⁾, nahe genug, um in Betreff der hier zur Rede stehenden Verhältnisse einen Schluss auf jene zuzulassen. Und so ginge denn aus diesen Stellen mit Sicherheit hervor, dass bedingte Obligationen der processualischen Consumtion nicht unterliegen. Indessen müssen die *in factum actiones* doch auch noch nach einer anderen Seite hin, nicht bloss ihrem juristischen Inhalte, sondern auch ihrer formellen Fassung nach betrachtet werden. Und da müssen wir es uns denn freilich einräumen, dass bei ihnen die Obligation in ihrer Bedingtheit nicht recht zum Vorschein kommt, insofern die Verurtheilung des Beklagten hier nicht von der Existenz eines behaupteten Rechtes, sondern von der Wahrheit eines Factums abhängig gemacht wird. Und so wird denn auch die vorzeitige Condemnation hier nicht durch die Formel selbst, sondern nur durch die Rücksicht auf das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniss — *iniquum esset*, sagt Marcian in L. 5. §. 1. D. de pign. et hypoth. (20. 1.) — abgewendet, oder vielmehr auf die Bestellung von Cautiionen beschränkt²⁾. Umgekehrt geht denn aber auch aus jener formellen Fassung wieder hervor, dass, wenn jenes Factum noch nicht eingetreten war, auch nichts in Judicium deducirt sein konnte, so dass man auf der anderen Seite vielleicht in Zweifel ziehen möchte, ob nicht hierin bloss eine eigenthümliche Wirkung der *formula in factum concepta* zu erblicken sei, wodurch für die Beurtheilung des juristischen Zustandes der Obligation immer noch nichts bewiesen wäre. Darum ist es denn von wesentlicher Bedeutung, dass in L. 43. §. 9. D. cit. neben der *redhibitoria* noch die *actio emti* genannt ist, bei der als *actio in jus concepta* jenes Bedenken nicht erhoben, bei der Fassung der Stelle überhaupt aber auch nicht daran gedacht werden kann, sie sei zunächst auf Repromission gerichtet gewesen³⁾, und die zweite Klage dann auf Grund dieser Cautionsleistung angestellt worden.

Wie ist nun aber das so erlangte Resultat, eine bedingte Obligation sei der processualischen Consumtion nicht unterworfen, mit

1) Vgl. Keller L. C. §. 27. Not. 7. p. 217. Huschke a. a. O. p. 164

2) Vgl. L. 5. §. 1. D. de pign. et hyp. (20. 1.) L. 19. D. de pecun. const. (13. 5.). Huschke a. a. O. p. 167.

3) Ueber die Möglichkeit einer solchen Richtung der Klage vgl. L. 41. D. de judic. (5. 1.) L. 38. pr. D. pro soc. (17. 2.) Cic. pro Rosc. com. c. 4. Huschke a. a. O. p. 162. 171. Cujacius Obs. XVII. c. 37. Recit. in Quaest. Pap. Lib. XI. ad L. 41. cit. vgl. auch noch L. 27. D. pro soc.

dem oben gewonnenen Satze zu vereinigen, dass auch eine bedingte Obligation zwischen den Parteien ein *vinculum juris* begründe, dass sie selbst schon eine rechtliche Existenz habe? Die Lösung dieser Frage ist gleichfalls in der Formel zu suchen. Nicht jenes unbestimmte obligatorische Verhältniss wird der richterlichen Beurtheilung unterzogen, sondern das ganz concrete *dare* oder *dare facere oportere*; dies aber entsteht erst mit dem Eintritt der Bedingung ¹⁾, weshalb denn auch dasselbe vor seiner Entstehung eine Umwandlung in ein *condemnari oportere* nicht erfahren konnte. Anders, wo wie in einer betagten Obligation das *dare* u. *d. facere oportere* schon definitiv feststeht, und nur die Geltendmachung desselben hinausgeschoben ist ²⁾. Hier tritt denn auch die processualische Consumtion ohne Weiteres ein ³⁾. Und in gleicher Weise ist dies der Fall, wo eine *bonae fidei act. pendente conditione* auf Caution angestellt wurde ⁴⁾, denn hier lag wirklich schon eine Verpflichtung des Verklagten vor, zu der er gerichtlich angehalten werden konnte; es war schon gegenwärtig ein derartiges *oportere* begründet und daher auch dessen Umwandlung in ein *condemnari oportere* möglich. — Man könnte sich nun zwar allenfalls noch auf einem zweiten Wege helfen wollen, um jenes *vinculum juris* auch vor Existenz der Bedingung zur richterlichen Beurtheilung zu bringen, und zwar selbst da, wo ein solches *oportere* zur Zeit der Klaganstellung noch in keiner Weise behauptet werden durfte. Man brauchte ja nur das *d. f. oportere* unter eben jener Bedingung, unter welcher auch das ganze Rechtsgeschäft stand, als eintretend zu behandeln, das Urtheil in seiner endlichen Wirkung gleichfalls von dem Eintritte dieser Bedingung abhängig zu machen. Nach dem heutigen Verfahren ist dies nichts Aussergewöhnliches, wie z. B. das Prioritätsurtheil über eine bedingte, im Concourse angemeldete Forderung hierher gehört. Dem Römischen Rechte ist aber ein solches Vorgehen völlig fremd. Der ganzen Natur des Judiciums, als eines wesentlich formellen Actes, bei dem es nur auf das gegenwärtige *agere* ankommt, widerspricht es, dieses noch einer materiellen Modalität, wie die Bedingung oder der *dies* es ist, zu

1) L. 13. §. 5. D. de pign. et hyp. (20. 1.) L. 213. pr. D. V. 5. (50. 16.) al.

2) L. 213. D. cit.

3) L. un. §. ult. D. Quando dies ususfr. (7. 3.)

4) Vgl. L. 38. pr. D. pro soc. (17. 2.) mit L. 52. §. 14. D. eod. L. 16. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 2. C. de judic. (3. 1.) L. 46. §. 5. D. de admin. tut. (26. 7.) Schon dieser Umstand genügt, um die Göttingsche Theorie einer doppelten Obligation in einem bedingten Contracte u. s. w. zu widerlegen. (S. Zeitschr. f. Civ.-R. Proc. N. F. Bd. I. No. 6.)

unterwerfen¹⁾. — Daher wird denn auch im Falle des Concurses dem Creditor *sub conditione* durch Cautionen geholfen²⁾, die er zu beanspruchen schon jetzt berechtigt ist, so dass auch hier dem Grundsatz „*judicium non potest esse in pendente*“ volles Genüge geschieht.

Wir sehen hiernach, wie allerdings die von Wetzell gemachte Voraussetzung, die *stip. jud. solvi* könne durch die vor dem Verfall der einzelnen Clauseln vorgenommene Litis-Contestation nicht consumirt, die Klage gegen die Bürgen dessen ungeachtet immer noch angestellt werden, allerdings dem Römischen Rechte durchaus gemäss ist, wie aber andererseits eben so unwidersprechlich dies zu dem Resultate führt, dass die Condemnation des Beklagten in einem solchen *Judicium* unter allen Umständen eine Unmöglichkeit ist. Und daher waren wir im vollen Rechte, wenn wir oben mit Rücksicht auf die processualische Consumtion behaupteten, es liege ein Widerspruch darin, wenn man die *stip. jud. solvi* zugleich zur Sicherung des Klägers und zur Einleitung der *rei vindicatio* gegen ihn wolle dienen lassen. Wir wollen aber einmal für den Augenblick von alledem völlig absehen, und mit Wetzell nicht über den Satz hinausgehen, dass die Bürgen auch nach der Litis-Contestation mit dem Hauptbeklagten noch aus der Stipulation belangt werden können, da sie als eine zur Zeit der Klaganstellung noch bedingte durch diese nicht getilgt worden ist. Allein auch so ist diese Erklärung mit unseren Quellenzeugnissen immer noch nicht in Einklang zu bringen. Gewiss musste wenigstens die Condemnation das Recht des Klägers verzehren³⁾, und hierdurch denn auch der Fidejussor als Correal Schuldner liberirt werden. Nun ist zwar dem Justinianischen Rechte die ganze Idee der processualischen Consumtion fremd, und zwar nicht bloss in Betreff der Litis-Contestation, sondern ebenso in Betreff der *res judicata*⁴⁾ und man könnte deshalb bei der Möglichkeit einer Umgestaltung der einschlagenden Stellen durch die Compileren deren Beweiskraft überhaupt bezweifeln. Ein Blick auf dieselben wird aber schon hinreichen, jeden derartigen Gedanken auszuschliessen und

1) S. L. 35. D. de judic. (5. 1.) Fr. Vat. §. 49. — *quia nulla legis actio prodita est de futuro*. — §. 329. L. 77. D. de R. I. (50. 17.) u. dazu Dirksen Beitr. p. 228. Huschke R. d. Nex. p. 238. a. E. 239.

2) L. 4. pr. D. de separat. (42. 6.)

3) Wenn auch nicht gerade in der Form einer Novation vgl. v. Savigny, System Bd. VI. p. 26. Not. f.

4) S. v. Vangerow, Pand. §. 173. p. 313. 314. v. Savigny, System Bd. VI. §. 281. p. 277. 278.

dies um so mehr, als die Compileren keinesweges alle Spuren dieses Institutes in Digesten und Codex zu tilgen bemüht gewesen sind. Ueberdies waren die practischen Folgen der *exc. rei jud.* in ihrer positiven Function in den meisten Fällen dieselben wie die der processualischen Consumtion, so dass eine äussere Veranlassung zu einer Abänderung der von der letzteren redenden Fragmente kaum vorlag, und wäre sie dennoch vorgenommen, so hätte sie nicht das endliche Resultat, sondern nur den Weg, auf dem dasselbe zu erreichen war, betreffen können. Gerade jenes ist nun aber für uns von Wichtigkeit. Und dies ist eben das, dass auch nach gefällttem Urtheil in der Hauptsache dem Sieger die Klage *ex stipulatu* gegeben werden soll. Wir dürfen hier wohl zunächst auf die Worte des Gaius¹⁾ verweisen „*ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis*“ und diese, nachdem wir oben die Wetzellsche Deutung derselben widerlegt haben, zum Beweise für unsere Ansicht mit Fug und Recht anziehen. Hier ist nun gerade von der Reivindication die Rede, und gewiss ausser allem Zweifel, dass wir die unverfälschten Worte des Juristen vor uns haben. In anderen Stellen, deren Ausdruck an sich eben so deutlich ist, tritt doch die Beziehung auf die dingliche Klage minder entschieden hervor. Indessen ist es für unseren Zweck immerhin noch ziemlich gleichgültig, ob die Juristen dort gerade die procuratorische *stip. jud. solvi* oder die vom Besitzer im Vindicationsprocesse zu leistende im Auge hatten, indem auch die erstere nach der Wetzellschen Ansicht²⁾ dem gegen den Procurator anzustellenden Processe zu Grunde gelegt wurde. Nur bei dem Cognitor und den ihm später gleichgestellten Process-Procuratoren soll dies anders gewesen sein, da sie der Leistung der Stipulation überhoben waren. Nur auf sie würde also auch das Bezug haben, was Gaius loc. cit. §. 86. 87. von der Conception der Formel sagt, im Fall Jemand *alieno nomine* in den Process eintritt. Ein Blick auf die Worte des Schriftstellers und den ganzen Zusammenhang, in welchem er von der Fassung der Formel spricht, lehrt schon das Gegentheil. Indessen wir wollen hier nur bei dem Zunächstliegenden stehen bleiben. Die Beweisstellen für die Möglichkeit einer Klaganstellung gegen die Sponsoren nach der Condemnation in der petitorischen Klage sind ausser dem Zeugnisse des Gaius noch folgende:

Paull. R. S. Lib. V. tit. 9. §. 3. *Quoties iudicatum solvi sti-*

1) Gaius, Inst. Lib. IV. §. 89.

2) A. a. O. p. 195.

pulatione satisdatur, omissa ejus actio rei judicatae persecutionem non excludit.

L. 8. §. 3. D. de novat. (46. 3.) *Idem Celsus ait, judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari; merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur.* (Ulp. Lib. 46. ad Sabin.)

L. 38. §. 2. D. de solut. (46. 3.) Die Worte siehe oben p. 6.

L. 28. D. de procur. (3. 3.) *Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. Sed etsi egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur; quae res facit, ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli, sicuti quum agit judicati non in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus. Per contrarium autem si procurator meus judicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec judicati mecum agi potest.* (Ulp. Lib. I. Disp.)

Diese Fragmente, in denen allen *actio judicati* und *ex stipulatu* unterschieden wird, könnten also nach der Annahme Wetzells nur dann keine Beweiskraft haben, wenn sie sich sämtlich ausschliessend auf den Cognitor bezogen hätten. Ein Grund hierfür ist in ihnen selbst gewiss nicht zu finden. Ja, man würde den Compileren eine unverzeihliche Nachlässigkeit aufbürden, wenn man behauptet, sie hätten einen nur für jenen richtigen Rechtssatz als allgemein geltend hingestellt, sie hätten sich nicht einmal dadurch warnen lassen, dass von den Juristen der Cognitor ausdrücklich genannt war, sondern diesen Namen kopflos mit dem des Procurators vertauscht. Allerdings sind die Compileren bei derartigen Substitutionen oft kopflos genug verfahren. Ein Beispiel dafür giebt L. 28. cit. Aus dem Unterschiede, welcher hier in Betreff der Zuständigkeit der *actio judicati* ¹⁾ gemacht wird, lässt es sich deutlich ersehen, dass in der ersten Hälfte des Fragmentes von den Cognitoren die Rede war, und dass nur im letzten Theile in Wahrheit von den Procurato-

1) Vgl. Gai. Inst. IV. §. 97—99. 101. fr. Vat. §. 317. 331—333. Dazu Keller L. C. §. 38. ff. Liebe, a. a. O. §. 15. und über L. 28. cit. noch insbesondere Keller a. a. O. p. 326.

ren gehandelt wurde. Gerade dieser Theil, bei dem aus den angegebenen Gründen an eine Interpolation nicht zu denken ist, thut es denn auf das Unwidersprechlichste dar, dass auch bei einem wirklichen Procurator neben der *actio judicati*, und also nach gefällttem Urtheil die *actio ex stipulatu* fortbestand, oder vielmehr erst wirksam wurde.

Aber sogar durch die Solution — wir sagen dies mit Beziehung auf L. 28. C. de fidejuss. (8. 41.) — wird die Verpflichtung des Hauptbeklagten aus der Litiscontestatio nicht berührt. Dies geht hervor aus:

L. 14. pr. D. jud. solv. (46. 7.) *Si ex duobus fidejussoribus, qui judicatum solvi spoponderant, alter ob rem non defensam partem suam solverit, nihilominus res defendi poterit; nec tamen is, qui solverit repetet; stipulatio enim pro parte ejus perempta est, perinde ac si acceptum ei factum fuisset.* (Julian. Lib. 55. Digest.)

Der Gedankengang des Juristen ist hier offenbar folgender. Er wirft sich die Frage auf, ob auch noch dann, wenn bereits der eine Sponsor den ihn treffenden Theil *ob rem non defensam* gezahlt hat, eine fernere Vertheidigung durch Wiederaufnahme des Hauptprocesses zuzulassen sei. Diese Frage bejaht er, und zwar für den vollen Umfang des Processes, nicht etwa bloss für den Theil desselben, für welchen dem Kläger noch keine Befriedigung geworden war ¹⁾. Dies zeigt recht deutlich die an jene Antwort sich anknüpfende Betrachtung, ob hiernach der Zahlende berechtigt zu halten sei, seine Leistung wieder zurückzufordern. Es ist damit also zugestanden, dass das ganze Verhältniss, mindestens soweit es das Hauptverfahren anlangt, wieder völlig in der Lage ist, in der es sich von

1) So fasst die Glosse in dem Casus zu unserem Fragmente das *defendere* auf. Mindestens scheint es so, wenn hier die Frage dahin gestellt wird, ob der zweite Bürge noch die Vertheidigung übernehmen könne. Soweit man nun unter der *defensio* den endlichen Effect derselben versteht, ist freilich nur noch eine theilweise Vertheidigung möglich. vgl. L. 5. pr. D. jud. solv. — *frustra defensionem reus suscipit* — eine solche Beziehung ist aber aus den im Text ausgeführten Gründen hier nicht anzunehmen. Indessen lässt sich die Erwähnung des *alter fidejussor* in der Glosse wie in den Basiliken (IX. 10. 14.) durch die Rücksicht auf die grössere factische Wahrscheinlichkeit, dass der zweite Bürge, der nun auch zahlen soll, als der ungehorsame Beklagte den Process durchführen werde, noch anderweitig genügend erklären.

Anfang an befand, dass die Zahlung hierin keine directe Veränderung herbeigeführt hat. Denn wäre wirklich durch diese die in das erste Judicium deducirte Verbindlichkeit zerstört worden, hätte also die Verurtheilung des Beklagten hier immer nur *pro parte* erfolgen können, so wäre natürlich auch an eine *condictio indebiti* nicht zu denken gewesen, und die Worte „*nihilominus res defendi poterit*“ ständen gewiss am unrechten Platze; sie könnten höchstens von einer rein formellen Thätigkeit verstanden werden, während die *condictio indebiti* eine rein materielle Voraussetzung fordert. Unzweifelhaft aber wäre damit, wenn man das *defendere* in dieser Weise auffassen will, keine Auskunft auf die eigentliche Frage gegeben, denn dass jene Formalobligation aus der Litis-Contestation immer noch ein formales Ende finden konnte, das bedurfte wohl keiner Versicherung ¹⁾. Zwar scheint es, als stehe die über die Zuständigkeit der Condictio abgegebene Entscheidung mit unserer Interpretation in keinem rechten Zusammenhange, indem dort gerade auf die Tilgung der *stipulatio jud. solvi* das Hauptgewicht gelegt und andererseits die Klage verweigert wird, so dass dem endlichen Resultate nach denn doch das *judicium* als *pro parte* abgethan angesehen werden müsste. Was nun das letztere anlangt, so ist aber doch bald zu erkennen, wie grundverschieden diese Art der Einwirkung der Zahlung von der oben besprochenen ist. Hier ist keinesweges wie dort der processualischen Obligation zwischen den Parteien der Rechtsstoff entzogen, sondern nur dessen Wirkung wird durch ein entgegenstehendes Recht aufgehoben. Nicht schon das Factum der Zahlung an sich ist es, welches hier jene Wirkung herbeiführt, sondern die wirkliche Befriedigung, welche dem Kläger dadurch geworden und zwar auf Kosten des Beklagten geworden ist. Man muss also erst wieder den Ausschluss der Condictio als den nächsten Grund dafür betrachten, dass der Kläger aus dem Judicium nur *pro parte* befriedigt wird, den aber als solchen zu bezeichnen Julian hier weiter keine Veranlassung hatte ²⁾, während nach jener Anschauung die Verweigerung der Condictio aus der

1) Gegen die Annahme, als sei hier gerade die Condictio der Angelpunkt der ganzen Frage (Vgl. L. 35. D. de cond. ind. 12.6.) spricht schon der Inhalt von L. 4. D. jud. solv., die gleichfalls dem 55. Buche von Julians Digesten entnommen ist, wie auch die von den Compilatoren dem Fragmente gegebene Stellung.

2) Diese Begründung findet sich aber bei Ulpian in L. 5. pr. D. jud. solv. ausgesprochen, wo schon die Glosse das „*caeterum*“ durch „*alioquin*“ umschreibt.

Unmöglichkeit, im *Judicium* noch befriedigt zu werden, abzuleiten wäre. Die Tilgung der Verbindlichkeit des Bürgen durch die *Solution* steht nun aber auch bei unserer Erklärung im besten Zusammenhange. Es soll dadurch dargethan werden, wie ein *indebitum* in Wahrheit nicht vorlag. Schon der erste Blick auf diese Stelle lässt den Gedanken erkennen, „du hast keine Nichtschuld gezahlt, denn du bist dafür von deiner Obligation völlig frei geworden.“ Dass aber gültiger Weise eine *Solution* geschehen konnte, setzt wieder voraus, dass die *Stipulation* zur Zeit der Leistung bereits committirt war. Denn, heisst es, *quod sub conditione debitum est, ejus solutionem intellegi non posse*. — Hiermit ist denn nun wohl gezeigt, wie selbst nach geschehener Zahlung die Hauptklage *ipso jure* auch in ihren materiellen Grundlagen, nicht bloss in der inhaltslosen Hülle einer *Processobligation* ohne eine dahinter wirksame *causa* fortbestand.

Wir haben nun aber schon in den letzten Worten eine Frage berührt, deren Beantwortung wir uns um so weniger entziehen können, als wir durch die bisherige Ausführung die von Wetzell gegebene Interpretation eines Fragmentes unmöglich gemacht haben, welches als Hauptstelle für die Untersuchung, zu welcher Zeit die *clausula ob rem non defensam* committirt sei, anzusehen ist, und doch mit den übrigen Quellenzeugnissen in Widerspruch steht. — Nach den oben (p. 121.) mitgetheilten Beweisstellen soll die Klage aus der *clausula de re defendenda* gegen die Fidejussoren, wenn der Hauptprocess von dem Beklagten nur noch vor der *Condemnation* derselben wieder aufgenommen wird, stets noch zu ihrer Absolution führen. Es liegt hierin eine eigenthümliche Abweichung von den sonst bei *Poenalstipulationen* geltenden Rechtssätzen, da dort, wenn einmal des *Factum*, von welchem der Verfall der Strafe abhängig gemacht war, eingetreten ist, eine spätere Aufhebung desselben nichts mehr zur Vermeidung der *Poena* beitragen kann.¹⁾ Es ist diese Erscheinung aus der bei den prätorischen *Stipulationen* Statt findenden besonderen Interpretation zu erklären²⁾. Eine Frage nach dem Zeitpunkte, bis zu welchem die bedingende Handlung mit Erfolg vorgenommen werden konnte, wann also die Commission der Conventionalstrafe anzunehmen sei, musste sich nun besonders da erheben, wo ein *certus dies* für dieselbe nicht vorgeschrieben war, innerhalb dessen die fragliche Handlung erfolgen sollte. Hier, wurde angenom-

1) L. 23. D. de O. et A. (44. 7.) L. 23. D. de recept. (4. 8.) L. 12. l. de contr. stip. (8. 38.) P u c h t a, Pand. §. 231. Not. g.

2) Vgl. L. 52. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. D. de stip. praet. (46. 5.) Ribbentrop, a. a. O. p 217. N. 28.

men, bilde der Zeitpunkt der Litis-Contestation die Grenze¹⁾. Dies sagt nun auch die Stelle, mit deren Erklärung wir es hier zu thun haben.

L. 13. pr. D. jud. solv. (46. 7.) *Proinde videndum stipulatio ob rem non defensam, utrum commissa est, re non defensa, an non prius creditur commissa, nisi ex stipulatione lis fuerit contestata? Quod magis est, et ideo nec fidejussoribus videtur statim dies cedere, ubi res coeperat non defendi.* (Ulp. Lib. VII. Disp.)

Hiernach wird also die *stip. jud. solv.* in dieser Beziehung den Conventionalstipulationen ganz gleich behandelt. — Vor Allem sind hier einige verfehlte Interpretationen aus dem Wege zu räumen. Dahin gehört einmal die von Wetzell²⁾, welcher an das Dazwischentreten eines Cognitor denkt, in welchem Falle der Hauptprocess nicht auf die Stipulation gegründet worden sei. Hier bilde nun auch die von dem Dominus und den Bürgen geleistete Caution eine wahre Correal-Obligation, welche den allgemeinen Regeln folge, während der Eintritt des Defensor in den Process dadurch eine künstlichere Gestalt habe annehmen müssen, dass er nicht in Folge eines formellen Auftrags des Schuldners, sondern vermöge der von ihm geleisteten Stipulation die processualischen Handlungen vornimmt. — Wenn nun aber nach der ganzen bisherigen Ausführung dieser Unterschied wegfällt, so stürzt auch die darauf gegründete Erklärung in sich zusammen. — Eine zweite Auslegung, kaum möchten wir es einen Vereinigungsversuch nennen, da diese Absicht zu wenig dabei hervortritt, giebt der L. 3. §. 10. bis L. 5. pr. D. jud. solv. eine eigenthümliche Beziehung. Sie findet sich schon in den Basiliken³⁾ und später vorzugsweise bei Donellus⁴⁾. Nach ihnen handelt es sich in den letztgedachten Gesetzesstellen um eine Vertheidigung des Fidejussor durch den Reus, nicht um die Wiederaufnahme des alten inzwischen ruhenden Processes Seitens des letzteren. Mag man sich nun das Sachverhältniss denken, wie man will, entweder so, dass der Fidejussor als Defensor in den Hauptprocess eingetreten ist, und nun durch den Reus ersetzt wird, eine Deutung, der schon die Worte „*ex clausula ob rem non defensam*“ entgegen stehen, oder so, dass der Reus diese Klage aus der Stipulation übernimmt, jedenfalls

1) Vgl. L. 84. D. de V. O. und dazu Puchta, Inst. Bd. II. §. 172. Not. h., jedoch auch v. Savigny, System Bd. V. §. 223. Not. u.

2) A. a. O. p. 194—196.

3) Lib. IX. tit. 10. c. 3. i. f. 4. 5.

4) Comm. jur. civ. Lib. XVIII. c. 14. §. 15. Not. 9.

ist die L. 4. D. cit. mit dieser Auffassung nicht zu vereinigen. In allen diesen Fällen konnte es zu einer Absolution dessen, *cum quo actum est*, nicht kommen, sondern es fand eine *translatio iudicii* Statt, in Folge deren der Fidejussor ohne Condemnation oder Absolution aus dem Processverhältnisse ausschied¹⁾. Sehen wir aber genauer zu, worin denn eigentlich der Widerspruch zwischen L. 13. pr. cit. und den anderen angeführten Fragmenten bestehe, so sagt jene denn doch nur, die Klage aus der Stipulation werde im Augenblicke der L. C. begründet; allein damit ist ja nicht schon ausgesprochen, es könne nicht dessen ungeachtet in dem angestellten Processe eine Absolution das endliche Resultat sein. Dies ist denn auch wohl der Grund, weshalb die Ausleger das Verhältniss der verschiedenen Stellen zu einander so wenig berühren und sich meist mit der Erklärung der Eigenthümlichkeit begnügen, dass im Widerspruch mit anderen Quellenzeugnissen, namentlich L. 84. D. de V. O. hier noch nach der Litiscontestation die Absolution des Beklagten trotz des Verfalls der Poena herbeigeführt werden könne²⁾. Eine Inconvenienz tritt nun aber in Wahrheit dadurch ein, dass die *clausula ob rem iudicatam* nicht mehr verfallen konnte, wenn einmal die *clausula de re defendenda* verfallen war³⁾. Hierdurch erlitt nämlich der Kläger bei der Absolution des Bürgen in sofern einen Verlust, als er der Sicherung durch dessen Intervention für die spätere Sentenz ganz oder zum Theil entbehren musste.

Aber ist das nicht vielleicht die natürliche Folge seiner verfrühten Klaganstellung. Musste er nicht vielleicht die Zeit der Processverjährung völlig ablaufen lassen und dann erst aus der Clausel klagen? Das scheint zu sagen:

L. 3. §. 9. jud. solv. (46. 7.) *Ob rem non defensam stipulatio non committitur, quamdiu potest exsistere, qui defendat.* (Ulp. Lib. 77. ad Ed.)

Allein in L. 13. pr. cit. in L. 21. D. eod. wird ja gerade gesagt, der Verfall der Clausel, von dessen Bedingungen die angezogene Stelle handelt, bewirke, dass bei einer solchen nachträglichen Vertheidigung die zweite Clausel nicht mehr committirt werden könne;

1) Vgl. Zimmern, Proc. §. 119. p. 362. Puchta, Inst. Bd. II. p. 181. Keller, Civ.-Proc. p. 295. 300.

2) Vgl. die *additio* zur Glosse [ad L. 3. §. 10. D. jud. solv. Cujacius ad L. 84. D. de V. O. (O. O. Tom. I.) Pothier, Pand. Inst. ad h. l. No. XXIX. Not. 2. Schulting-Smallenburg, Notae ad Dig. in h. loc.

3) Siehe die Anfangsworte der L. 13. cit.

es musste also auch das Auftreten eines Defensor im Sinne von L. 3. §. 9. cit. hier überall nicht mehr möglich sein ¹⁾). Der Fehler des Klägers könnte daher höchstens darin liegen, dass er die zwar nach Civilrecht begründete Klage doch der Billigkeit entgegen zu zeitig angestellt hätte. Allein auch das ist unrichtig. Nach L. 3. §. 10. L. 4. D. cit. wird offenbar nur für den Fall, wo noch eine nachträgliche Vertheidigung geleistet ist, die Absolution gefordert, und demgemäss in L. 5. pr. cit. eine Verurtheilung, welcher erst später eine Defension nachfolgt, — für sie konnte es mithin überhaupt doch noch nicht zu spät sein — als etwas durchaus Regelrechtes dargestellt. Wäre nun aber wirklich die Klage der Billigkeit entgegen gewesen, so hätte ohne Weiteres wegen des „*aut si boni viri arbitrato defensa non erit*“ der Kläger abgewiesen werden müssen.

War demnach die Absolution des Bürgen lediglich durch die freie prätorische Interpretation herbeigeführt, so musste der Magistrat auch für die Beseitigung des hieraus sich ergebenden Uebelstandes Sorge tragen. Dies geschah wahrscheinlich durch eine neue Cautionsleistung von Seiten des freigesprochenen Bürgen, wie wir ja auch sonst das Verhältniss zwischen Fidejussoren und Kläger, wo es Noth thut, durch Cautionen geregelt sehen ²⁾). Mit einer blossen *replicatio doli* gegen die *exceptio rei judicatae* war hier keinesweges zu helfen, da die Litiscontestatio aus der Stipulation mit nichts der einzige Grund für die Unwirksamkeit einer später aus derselben anzustellenden Klage war, sondern wie Ulpian in der L. 13. cit. es weiter ausführt, aus der Natur alternativer Stipulationen, also aus dem *jus civile* es abzuleiten ist, dass die *stip. jud. solvi* nur einmal verfallen kann. Unseres Erachtens ist die Argumentation, deren sich der Jurist hier bedient, folgende: „Die *stip. jud. solvi* hat den offenbaren Zweck, dem Stipulator die versprochene Leistung nur einmal zu verschaffen, obgleich dieselbe von verschiedenen Bedingungen abhängig gemacht wird. Darum kann aber wie bei gewöhnlichen alternativen Stipulationen, nachdem der Eintritt der einen Bedingung den Verfall der Stipulation in ihrem vollen Umfange zur Folge gehabt hat, der der anderen nicht eine nochmalige Commission der Stipulation herbeiführen; m. a. W. wir haben es hier mit einer einzigen, nicht mit einer Mehrzahl von Stipulationen zu thun.“ Es ist also

1) Die L. 3. §. 9. cit. kann also zur Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage gar nicht dienen, vielmehr ist sie mit Donnellus (a. O. §. 15, a. E.) auf die Litiscontestatio und deren Wirkung, wie sie in den anderen Fragmenten geschildert wird, zu beziehen.

2) Vgl. L. 14. §. 1. D. eod.

der Satz, dass die beiden Clauseln nicht nach einander verfallen können, eine Consequenz des Civilrechts, nicht bloss, wie man vielleicht wegen L. 5. §. 2. D. eod. — *quia plures causae sunt una quantitate conclusae* — wähnen möchte, ein Ergebniss jener ersteren Betrachtung, (die freilich für die Auffassung der ganzen Stipulation die Grundlage abgiebt), dass der Stipulator eben nur sein Interesse erhalten solle, woraus man dann weiter schliessen könnte, habe er dies denn nun doch im Resultate aus der einen Clausel nicht erhalten, so dürfe er es noch aus der anderen fordern. — Nur aus dem Bedürfnisse der Abwehr gegen eine solche Auffassung ist denn auch das Aufwerfen der ganzen Frage zu erklären, wobei übrigens der Umstand, dass der Kläger nicht aus der *cl. dere jud.* und *dere def.* zugleich befriedigt werden solle, als etwas Unbestrittenes vorausgesetzt wird.

Man hat sich hiernach nun auch das eigenthümliche Eingreifen des Prätors in dieser Hinsicht nicht so zu denken, als ob er die bereits committirte Stipulation zu einer noch nicht committirten mache¹⁾, als ob er das *dare facere oportere* aufhebe, sondern vielmehr so, dass er unbeschadet der Consequenz des Civilrechtes durch seinen Einfluss auf das *officium judicis* die Absolution des Fidejussor herbeiführte; seine Interpretation der Stipulation beschränkt sich hier keinesweges auf die Worte derselben, sondern sie hält sich lediglich an die Erreichung des bei ihrer Auferlegung beabsichtigten Zweckes, der nun durch freie Anwendung der jurisdictionellen Gewalt und der in ihr liegenden Mittel erlangt werden soll²⁾. So kann denn auch *jure civili* die Klage *ex clausula ob rem judicatam* hier nie angestellt werden. Es bedarf dazu wenigstens einer *actio utilis*; dass uns jedoch eine neue Cautionsleistung das Wahrscheinlichere ist, haben wir bereits oben angeführt. — Sind wir nun zu einer derartigen Supposition berechtigt, so verschwindet jeder Widerstreit der verschiedenen Fragmente, die überdies theilweise von demselben Juristen, von Ulpian herrühren. Es würde uns nur noch zu erklären übrig sein, warum in den Pandecten jede Erwähnung einer solchen indirecten Hülfe weggefallen ist. Es wird sich dies vielleicht aus folgender Betrachtung ergeben. Mit dem Augenblick der Litiscontestation gilt die Strafe als definitiv verfallen; offenbar um deswillen, weil die alte Obligation durch die processualische Novation zerstört, der Inhalt der neuen Processobligation nur auf das *condemnari oportere* gerichtet und ausschliesslich von der Existenz des *dare facere oportere* abhängig, von der Bedingung desselben aber mindestens in so-

1) L. 57. §. 1. D. de evict. (21. 2.)

2) vgl. z. B. L. 10. D. de stip. praet. (46. 5.)

fern völlig losgelöst ist, als durch diese auf das *d. f. oportere* nicht mehr zurückgewirkt werden kann, hierfür vielmehr, eben weil es ausserhalb des Processes völlig aufgehoben ist, einzig der Zeitpunkt der Litiscontestatio massgebend sein darf. Schon hieraus ergibt sich, wie dem Prätor eine reelle Einwirkung auf das *d. f. oportere* unmöglich sein musste, und er dasselbe nur als nicht vorhanden betrachten konnte. Es ist der Grundsatz „*judicia omnia esse absoluta*“, der hier zur Anwendung kommt, jedoch noch mit der Erweiterung, dass nach dem Buchstaben des Civilrechtes die Leistung der bedingenden Handlung nicht mehr als Solution erachtet werden konnte, hier aber dessenungeachtet genügend sein sollte. Ganz anders stellt sich dies im Justinianischen Recht. Hier fällt einmal die L. C. in ihrer Eigenschaft als Novationsmodus völlig fort, und es steht daher dem nichts im Wege, dass auch nach derselben die Erfüllung der Bedingung das *dare facere oportere* zu tilgen im Stande sei. Eine solche Tilgung muss nun aber auch wirklich angenommen werden¹⁾. Der Verfall der Poena mindestens zur Zeit der Litiscontestatio ist zwar immer noch eine juristische Nothwendigkeit, wenn überhaupt zu irgend einer Zeit gültig soll geklagt werden können; auf der anderen Seite aber ist es nicht mehr die neben dem Recht hergehende prätorische Einwirkung auf dasselbe, durch welche die Absolution des Beklagten erreicht wird, sondern diese erscheint als eine im Recht selbst begründete Forderung. Dieses muss also auch die dadurch entstehenden Nachtheile ohne Weiteres aufheben und ohne besondere Nachhülfe von aussen wieder gut machen. Es musste mit der Tilgung der Verpflichtung zur Leistung der Poena auch die Möglichkeit einer abermaligen Commission der Stipulation gegeben sein. Und so ist es denn nur eine Consequenz dieser Veränderung, wenn man auch das Erfordern einer neuen Caution von dem Absolvirten fallen liess, wie wir ja auch sonst mehrfach Verpflichtungen, die früher durch die Cautionsleistung begründet wurden, im Justinianischen Recht in gesetzliche umgewandelt sehen. Dass daneben auch noch gewisse Cautionen und namentlich die des Klägers bei der Condemnation der Fidejussoren *ex clausula de re defendenda* in Uebung blieben, steht der obigen Entwicklung nicht entgegen, da die beiderseitigen Voraussetzungen gänzlich verschieden sind.

1) So ist es denn für das Justinianische Recht völlig richtig, was die Glosse im Casus zu L. 13. cit. sagt: *Si commissa fuerit stipulatio ob rem non defensam, et postea reus condemnatus fuerit, stip. o. r. n. d. evanescit*, nur dass die hinzugefügte Beschränkung, *nisi super st. o. r. n. d. fuerit prius lis contestata*, die Möglichkeit des committere selbst wieder ausschliesst.

Wir haben aber bei der bisherigen Darstellung einen Umstand noch völlig ausser Augen gelassen, der gleichwohl unsere ganze Beachtung verdient. Ueberall da, wo es sich in unseren Quellen um das Verhältniss der *cl. ob rem judicatam* zu der *de re defendenda* handelt, ist von mehreren Bürgen die Rede, von denen der eine Theil belangt sei, der andere dagegen noch nicht. Hierin eine blosser Zufälligkeit zu erblicken, ist bei der mehrfachen Wiederholung dieser Erscheinung nicht wohl möglich. Wir müssen uns deshalb nach einer Erklärung dafür umthun. An manchen Stellen ist diese nun allerdings ziemlich einfach. Wo wie in L. 21. D. jud. solv. der successive Verfall der *cl. de re def.* und *de re jud.* erklärt werden soll, müssen freilich auch die factischen Voraussetzungen in der Weise gewählt werden, dass sie überhaupt zu der aufgeworfenen Rechtsfrage Veranlassung geben. Eben so wenig macht es Schwierigkeit, wenn in L. 16. D. eod. steht, *ex judicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fidejussoribus agere volo*. Der *unus fidejussor* ist als solcher gleichgültig; der übrigen wird nur gedacht, weil ihrer bei allen Processen regelmässig mehrere zu sein pflegten. Dies liesse sich nun auch schon in Betreff der sonstigen Fälle geltend machen. Dennoch scheint uns das hier nicht ausreichend zu sein. Es ist nicht zu läugnen, dass mit einer gewissen Ostensibilität in L. 3. §. 10. cit. auf die *plures*, in L. 14. pr. auf die *duo fidejussores* aufmerksam gemacht wird. Nichts desto weniger ist doch nicht recht abzusehen, wohin ein hierauf zu gründendes *argumentum a contrario* führen sollte. Dass auch, wenn die Bürgen insgesamt ausgeklagt waren, dem Hauptbelangten die fernere Defension sogar nach dem Urtheil nicht abgeschnitten wurde, zeigt uns L. 14. §. 1. cit., wo für einen solchen Fall noch eine Caution wegen des zu erwartenden Endes jenes ersten Processes geleistet werden soll. Wie wenig überhaupt die Juristen ein solches *argumentum a contrario* im Sinne hatten, geht recht deutlich hervor aus dem von Ulpian aufgestellten Gegensatz: *posteaquam cum uno lis contestata est* (L. 3. §. 10. cit.) — *jam tamen fidejussore, qui judicium acceperat damnato* — wo auf den Fall der Belangung sämmtlicher Bürgen weiter keine Rücksicht genommen und dadurch angedeutet wird, wie dieser Umstand auf die Beurtheilung der Rechtsfrage weiter keinen Einfluss hat. So glauben wir denn, sind wir genöthigt, in der Betonung des einen von mehreren Bürgen nur einen Hinweis auf die hier nothwendiger Weise zu machenden factischen Voraussetzungen zu erblicken. Waren bereits sämmtliche Bürgen ausgeklagt, hatten sie für den Beklagten das volle Processobject entrichtet und ihrerseits durch die in L. 14. §. 1. gedachte Caution Sicherung erhalten, hatten sie

mit einem Worte nichts versäumt, was der Beklagte billiger Weise für die Wahrnehmung seiner Interessen erwarten konnte, und damit das Recht auf Rückerstattung ihrer Auslagen erlangt, so hatte letzterer keinen Anlass mehr, den Process fortzusetzen, sondern es konnte ihm nur genehm sein, ihn vollständig einschlafen zu lassen. So war denn also Ulpian wohl berechtigt zu sagen: *Si plures fuerint fidejussores, posteaquam cum uno lis contestata est ex clausula o. r. n. d. ipse reus potest suscipere defensionem*, d. h. mit einem practischen Erfolge, dem dann das *frustra defensionem reus suscipit* in L. 5. pr. cit. ebenmässig entspricht.

So ist denn wohl hinlänglich dargethan, wie die processualische Consumtion der Auffassung Wetzells unüberwindliche Hindernisse in den Weg legt, und wie die durch dieselbe anscheinend gelungene Vereinigung gewisser scheinbarer Antinomien in der Lehre von der *stip. jud. solv.* vollständiger und sicherer auch auf anderem Wege erreicht werden kann.

Ein weiterer Grund gegen die hier bekämpfte Theorie ist folgender. Bedeutet das *judicata erit* der *stip. jud. solvi* das Präjudicium, kann ferner die *clausula de re jud.* und *de re def.* nur alternativ verfallen, so darf nach geschehener Pronuntiation auch nicht mehr aus der letzteren geklagt werden oder die Commission derselben eintreten. Hiervon geben uns nun aber die Quellen nicht die geringste Andeutung. Man könnte sagen, schon der Begriff des Judicats lehre dies und es bedürfe daher nicht erst einer besonderen Erinnerung daran. Allein gerade in diesem Punkte musste sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der Caution der Defensores und der Besitzer in der Reivindication herausstellen, das „*judicata erit*“ hiess ja in dem ersten Falle etwas ganz Anderes als in dem zweiten, und dennoch sollte auf diese Verschiedenheit nicht aufmerksam gemacht worden sein? Zwar möchte man etwa den Compilatoren Schuld geben, sie hätten diese Andeutungen verwischt, nachdem die Caution von dem Besitzer nicht mehr gefordert wurde. Allein eine practische Bedeutung hatte dieser Unterschied dennoch auch zu Justinians Zeit, indem die Stipulation, welche die Defensores der *possessores* zu leisten hatten, keine andere war, als die, welche diese selbst früher hatten eingehen müssen¹⁾.

Wir gehen nunmehr dazu über, unsere eigene Ansicht über die *clausula de re defendenda* weiter auseinander zu setzen und zu begründen. Schon im Eingange dieses Abschnittes ist der doppelte

1) Vgl. Wetzell a. a. O. p. 195.

Ausgangspunkt bezeichnet worden, den man für die Erklärung ihrer Wirksamkeit und ihrer Aufnahme in die Cautio wählen könne. Diese fand entweder deswegen Statt, um dem Hauptprocesse unerachtet der mangelhaften Vertheidigung des Beklagten den ungestörten Fortgang zu sichern, oder sie konnte dazu dienen, die Haftung der Fidejussoren in einem Falle zu begründen, wo sie ohne dies nicht eingetreten wäre. Nachdem in der ganzen bisherigen Erörterung die Unhaltbarkeit der ersten Auffassungsweise dargethan ist, kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, dass die zweite die richtige sein müsse. Bevor wir jedoch näher hierauf eingehen, müssen wir noch einen halben Schritt zurück thun. Gewissermassen in der Mitte zwischen beiden Möglichkeiten liegt nämlich folgende dritte. Schon bei verschiedenen Gelegenheiten ist der Processverjährung von uns gedacht worden. Dass in ihr unter Umständen eine gewisse Härte liegen kann, ist auch nicht zu läugnen. Diese Härte minder fühlbar zu machen, war nun vielleicht die Aufgabe der *cl. de re def.* So wäre sie denn ähnlich den Cautionalstipulationen eines Theils gegen den Beklagten selbst gerichtet gewesen, indem sie diesem eine Haftung auferlegt hatte, welche schon an sich von Bedeutung war und nicht bloss als formelle Voraussetzung für die Verbindlichkeit der Bürgen eine solche beanspruchen durfte, anderen Theils aber hätte sie auch in der Möglichkeit, sich gegen die letzteren zu wenden, dem Kläger eine grössere materielle Sicherheit gewährt. — Die Frage wäre ohne Weiteres entschieden, wenn wir die bereits oben angezogene L. 2. D. jud. solv. unbedingt von der Processverjährung verstehen dürften. Es entgeht uns nun zwar nicht, dass in den Worten — *ideo constat, fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri* — nicht unbedingt eine Beziehung auf die gesamte Stipulation zu suchen ist, sondern möglicher Weise auch ausschliesslich die *clausula ob rem judicatam* damit gemeint sein könnte. Allein diese würde denn doch die anderen Clauseln nach sich ziehen, wie dies für einen ähnlichen Fall Ulpian behauptet:

L. 20. D. de accept. (46. 4.) *Si accepto fuerit lata ob rem judicatam clausula, Marcellus ait, caeteras partes stipulationis evanuisse; propter hoc enim tantum interponuntur, ut res judicari possit.* (Ulp. Lib. 77. ad Ed.)

Der in den letzten Worten ausgesprochene Gedanke ist ein allgemein gültiger und muss hier wie dort seine Anwendung finden. Gerade um desswillen sind wir aber im Stande, auch abgesehen von der Bedeutung der L. 2. D. cit. oder sonstigen positiven Zeugnissen die vorliegende Frage zu entscheiden. Dass diese Entscheidung nun

verneinend ausfallen müsse, kann kaum mehr einem Zweifel unterliegen. Soll der Beklagte trotz der Processverjährung *ex cl. o. r. n. d.* verhaftet sein, so wird dieser damit eine selbstständige über die Sicherung des Judicats hinausreichende Tragweite gegeben, welche sie keinesweges mehr als blosses Complement zu der *clausula de re jud.* erscheinen lässt. *Ut res judicari possit*, sind dieser die übrigen Bestandtheile der Stipulation beigegeben, d. h. um zu bewirken, dass der Urtheilsfällung nichts in den Weg gelegt werde; hier aber ist von einer Zeit die Rede, wo die Urtheilsfällung nicht mehr Statt haben kann. Wir wollen ferner kein besonderes Gewicht darauf legen, dass das Recht so mit der einen Hand giebt, während es mit der andern nimmt. Man könnte dagegen einwenden, es gebe doch nicht Alles zurück, was es genommen, nur die Verluste, welche durch eine mangelhafte Vertheidigung herbeigeführt wurden, nicht die, welche die eigene Nachlässigkeit veranlasst, wurden dadurch aufgehoben. Allein ist es nicht immer eine Nachlässigkeit — einzelne Fälle ausgenommen, die aber durch eine *causae cognitio* constatirt werden müssten — die Processverjährung ablaufen zu lassen, anstatt das Contumacialverfahren einzuschlagen, wenn der Gegner säumig ist? Ueberhaupt endlich, würde es sich, wenn die hier erhobene Voraussetzung richtig wäre, um ein Gegenmittel wider einen bei allen Klagen gleichmässig fühlbaren Uebelstand handeln, wozu die nur in einzelnen Fällen anwendbare *stip. jud. solvi* gewiss nicht geeignet wäre.

Ist nun so der Weg für unsere Behauptung, die *cl. o. r. n. d.* sei deswegen in die Caution aufgenommen, um die Bürgen in einzelnen Fällen zu verpflichten, völlig geebnet, so bedarf diese selbst zuvörderst noch einer näheren Bestimmung. Es muss gezeigt werden, worin die Verbindlichkeit der Bürgen bestehen sollte, und welchen praktischen Anlass man hatte, eine solche zu constituiren. Wir beginnen mit dem letzteren. — Wie wir oben sahen, stellt Wetzell die Ansicht auf, weil in einer Stipulation der Ausdruck „Judicat“ nur das natürliche, nicht aber das Contumacialurtheil begreife, habe es einer besonderen *cl. de re def.* bedurft. Sollte nun vielleicht, was er in Beziehung auf den Vindicationsprocess und die Haftung des Beklagten behauptet, von der Obligation der Bürgen Geltung finden? Wir werden hier wieder zwischen der *contumacia in jure* und der *in judicio* zu unterscheiden haben. Für die letztere ist die Frage gewiss zu verneinen. Die oben schon hervorgehobenen Gründe sprechen entschieden dagegen. Die *stip. jud. solv.* wird in Folge eines Contumacialurtheils, wie die Quellen es auf das Unzweideutigste bezeugen, aus der *cl. ob rem judicatam* committirt; es kann also

die *cl. de re def.* nie den Zweck gehabt haben, der aus jener erreicht wurde. Ueberhaupt aber ist wohl das Contumacialerkenntniss, welches nach vorheriger L. C. gefällt wird, dem auf gegenseitige Verhandlung abgegebenen völlig ebenbürtig, wie dies schon aus der Sanction desselben durch die XII Tafeln¹⁾ hervorzugehen scheint²⁾. — Wie ist es nun aber bei der *contumacia in jure*? Hier stellt sich die Sache allerdings anders. Es ist dabei ebenfalls nur des *latitare* zu gedenken, da sonst der Beklagte der Verbindlichkeit zum *defendere* überhoben ist³⁾ und so weder die *cl. de re def.*⁴⁾, noch die *ob rem jud.* verfallen kann. Gegen den *latitans* findet nun, wie oben nachgewiesen, die *bonorum venditio* Statt. Diesem steht aber hier, wo in der *stip. jud. solvi* schon die *cautio jure sisti* geleistet ist⁵⁾, der blosse *absens* im Allgemeinen gleich⁶⁾, obschon man mehr und mehr geneigt war, sich mit dem *bona possideri* zu begnügen, ohne die *bonorum venditio* als Folge der *absentia* bei einer *in rem actio* eintreten zu lassen. Das letztere war nun ein reines Sicherungsmittel, zu einem Judicate kam es hier nicht; die *cl. ob rem jud.* konnte hier also nicht verfallen. Ebenso wenig da, wo der *indefensus* von vorn herein *pro damnato* galt. Aber auch dann, wenn die Vindication gegen die *curatores bonorum*⁷⁾ oder den *bonorum emtor* als die zeitweiligen Besitzer anzustellen war, und ein wirkliches Urtheil gesprochen wurde, musste doch die *stip. jud. solvi*, so weit sie sich auf die *cl. ob rem jud.* stützte, wirkungslos werden⁸⁾, da es sich jetzt um eine ganz andere *causa*, andere Processparteien — denn die Detention, wo jeder Gedanke an eine Vertretung des Cridars wegfällt, ist Grund der Klage — und andere Richter handelt. So sehen wir denn, wie die *cl. de re def.* hier von hoher practischer Bedeutung war. Durch sie ward es erst dem Kläger möglich, auch wenn der Beklagte die L. C. verweigerte, gegen die Bürgen vorzugehen, während er ohne sie die durch deren Intervention ihm erwachsene Sicherheit wieder verloren hätte. Aber auch

1) Gell. Noct. Att. XVII. c. 2. §. 10, Keller, Civ.-Proc. §. 69. p. 298. Wetzell a. a. O. p. 54. ff.

2) Vgl. noch Schlayer a. a. O. p. 239—243. besonders in Betreff der L. 17. §. 1. de inoff. (5. 2.) L. 55. de eviction.

3) S. Keller a. a. O. §. 65. p. 274. ff.

4) L. 18. D. jud. solv.

5) Vgl. L. 14. D. si quis caut. (2. 11.) L. 81. D. de V. O.

6) S. Keller a. a. O. p. 364.

7) S. L. 2. §. 1. 2. D. de curat. bon. dand. (42. 7.)

8) Vgl. L. 3. pr. L. 13. §. 1. L. 20. D. h. t.

abgesehen hiervon lag schon darin ein grosser Vorthail, dass der Kläger nicht nöthig hatte, die umständlichen Fristen und Formen ¹⁾ der *bonorum venditio* abzuwarten, sondern ohne Verzug die Bürgen angreifen durfte. Dies gilt nun auch von der *contumacia in iudicio*, wo die erforderlichen drei Denuntiationen ²⁾ einen nicht unerheblichen Zeitaufwand verursachten. Ebenso verhielt es sich mit der *extraordinaria cognitio* ³⁾. — Aus alle dem ergiebt sich nun, wie es keinesweges die Aufgabe der Clausel war, ein Contumacialverfahren zu begründen oder möglich zu machen, wie sie dasselbe vielmehr entbehrlich machen sollte, sei es um einen Zeitverlust abzuwenden, sei es um die Verpflichtung des Bürgen in solchen Fällen zu erhalten, wo jenes Verfahren nicht in ein eigentliches Urtheil auslief.

Wie stimmen damit nun aber die Worte der Clausel? Ist sie dazu da, das Contumacialurtheil zu ersetzen, so muss ihr Inhalt denn auch dem des zu erzielenden Urtheils gleich sein. Gestellt ist sie nun aber auf das Interesse an rechter Vertheidigung. Dies ist jedoch in Wahrheit dem „*quanti ea res est, rem judicatam esse*“ gleich, da die Defensio hier nur als Voraussetzung und Bedingung des Urtheils in Frage kommt; m. a. W. es ist vor dem Ausfällen des Urtheils immer noch ungewiss, ob es den Chicanen des Beklagten nicht am Ende doch gelingen werde, dasselbe gänzlich zu verhindern. So geht also die Klage aus unserer Clausel immer auf den vollen Inhalt des Klagrechts, dessen Verfolgung dem Kläger unmöglich gemacht wird; der endliche Erfolg derselben hängt darum aber auch wieder von der Begründung des ursprünglichen Klagrechts ab, wie das schon aus dem Begriffe des rechtlichen Interesses sich ergiebt ⁴⁾. Ganz so wird nun auch der Gegenstand der Klage aus der Clausel in unseren Quellen angegeben.

L. 14. D. jud. solv. (46. 7.) *Quoties ex stipulatione iudicatum solvi ob rem non defensam agitur cum fidejussoribus, non est iniquum caveri, dominum priore iudicio absolvi, quia omissa cautione fidejussores mandati*

1) Theoph. III. 12. pr. τῶν πραγμάτων ἀγορασία — διὰ πολλῶν κύκλων καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη.

2) S. Paull. R. S. Lib. V. tit. 5. A. §. 7. L. 68—73. D. de iudic. (5. 1.) Bethmann - Hollweg a. a. O. § 26. p. 286. Keller a. a. O. §. 69. p. 300. a. E.

3) Vgl. Bethmann - Hollweg a. a. O. p. 287. Keller §. 81. p. 346.

4) Vgl. Wetzell a. a. O. p. 186. Donellus. Comm. jur. civ. XVIII. c. 14. §. 17. i. f.

judicio non consequentur, aut certe cogentur, dominum priore judicio defendere. (Julian. Lib. 55. Dig.)

Wenn der Kläger den Fidejussoren Caution für die Absolution des Besitzers im Hauptprocesse leisten muss, so ist dies ein augenscheinlicher Beweis dafür, dass er schon aus der Clausel seine volle Befriedigung erhalten hatte. Und umgekehrt geht aus dieser durch positive Zeugnisse erwiesenen Richtung der Caution wieder hervor, dass sie in Wahrheit das Contumacialverfahren entbehrlich machen sollte. Ebenso wenig als demnach ihr Inhalt geringer war wie der des erwarteten Urtheils, ging er auch über dieses hinaus; es wurde also nicht etwa noch ein Nebenzweck durch die Caution in dieser Beziehung verfolgt. Denkbar ist nun allerdings ein Interesse an der Vertheidigung ¹⁾, welches im Urtheil keine Berücksichtigung findet. Man könnte so wohl geneigt sein, bei einem casuellen Untergange des Streitobjects, für welchen der Beklagte nicht aufzukommen braucht, dem Kläger eine Schadloshaltung zu gewähren; wenn die Zögerung des ersteren der Grund war, dass der *arbitratus judicis* noch nicht erfolgt, und dadurch die *mora* desselben begründet ist ²⁾. Allein jede solche Annahme wird schon dadurch unhaltbar, dass der Grundgedanke der *stip. jud. solvi* überall nur der ist, die Ausführung des Urtheils zu sichern. Und so entscheiden denn auch unsere Quellen.

L. 11. D. jud. solv. (46. 7.) *Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fidejussores ejus pro lite datos non teneri putant, quia mortuo homine nulla jam res sit; quod falsum est, quoniam expedit de evictione actionis conservandae causa, item fructuum nomine rem judicari* (Paull. Lib. 74. ad Ed.)

Gerade der Fall, von dem wir oben sprachen, wird hier vorausgesetzt; allerdings mit dem Unterschiede, dass die Desertion des Processes hier erst nach dem Tode des Sklaven als begonnen bezeichnet wird. Läge nun in diesen Worten ein Gegensatz gegen eine schon vor dem Tode des Sklaven eingetretene mangelhafte Defension,

1) Wohl zu bemerken „an der Vertheidigung“, denn dies zeigen schon die Worte der Stipulation, an ein anderweitiges Interesse an der Sache selbst z. B. die Præstation des *casus*, wo der Beklagte nur für *culpa* aufzukommen brauchte, ist also schon um deswillen nicht zu denken.

2) Vgl. hierüber Wetzell a. a. O. p. 178—181. v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 273. p. 177. ff. v. Vangerow, Pand. 333. p. 742. f.

so würden wir freilich darauf verzichten müssen, das Fragment bei unserem Beweise zu benutzen. Jedoch dem ist nicht so. Der unbestrittene Grundgedanke der abgegebenen Entscheidung ist offenbar der, dass mit dem Untergange des Streitobjectes auch die Cautio bedeutungslos werde. Das erkennt nun auch Paullus an; er remonstrirt nur dagegen, dass in dem vorliegenden Falle das Streitobject völlig untergegangen sei, während er sonst den Grundsatz an sich hätte anfechten müssen. Dass jene *quidam* diesen Umstand übersehen konnten, zeigt schon, dass sie noch viel weniger daran gedacht haben, durch den für die ungenügende Vertheidigung angenommenen Zeitpunkt eine anderweitige Haftung des Beklagten für den Zufall ausschliessen, dass also jenes „*deinde*“ ohne tiefere Bedeutung und unser Fragment von allgemeinerer Beweiskraft ist. — Die Nachforderung eines solchen besonderen Interesses nach entschiedener Hauptsache ist aber schon darum unstatthaft, weil die *cl. de re def.* alsdann nicht für committirt gilt; war aber schon vorher die L. C. aus ihr vorgenommen, und dann *pendente lite* die Restitution der vindicirten Sache erfolgt, so haben wir wieder den eben besprochenen Fall, nur mit der Modification, dass in Bezug auf die Condemnation noch der Satz „*judicia omnia esse absolutoria*“ in Betracht kommt ¹⁾. — Aber auch jene anscheinende Billigkeit, die für die Statuirung eines solchen Sonderinteresses spricht, verschwindet bei einer genaueren Erwägung des Sachverhältnisses. Die durch den Verzug entstandenen Nachtheile hat der Kläger sich stets selbst zuzuschreiben, da es ihm ja freistand, denselben durch die Belangung der Bürgen aus unserer Clausel zuvorzukommen. — Dennoch glauben wir, ist für gewisse Verhältnisse die Abhängigkeit des Inhalts der Stipulationsklage von dem der Vindication, oder genauer gesprochen, die Identität beider nicht zu behaupten. Da nämlich, wo die letztere überhaupt noch nicht ordinirt war, d. h. wenn die *cl. de re def.* deswegen verfiel, weil der Beklagte sich der L. C. entzog. Gewiss musste hier, wo das Interesse des Klägers gerade in der Verzögerung der L. C. lag, die an diese geknüpfte strengere Haftung schon mit einem früheren Zeitpunkte angenommen werden, wenn anders dem Kläger sein Interesse gewährt werden sollte. Natürlich ist aber auch von einer Verschiedenheit der beiden Klagen, von denen die eine ja gar nicht existirt, nicht zu reden. Zugleich ist dies ein Fall, wo schon der Wortlaut der Stipulation, wie oben (p. 101. a. E.) bemerkt wurde, zu einem practisch sehr verschiedenen Resultate führt,

1) Dass die Uebernahme des ersten Processes die *cl. de re def.* auch nach vorheriger L. C. auflöse, ist schon oben bemerkt.

von dem, welches aus der gegnerischen Anschauung hervorgeht, denn darnach könnte die Stipulationsklage nie etwas anderes gewähren, als was die *rei petitio* verschafft, aus welcher gleichzeitig mit jener *Lis* contestirt ward.

Es ist endlich noch ein Blick darauf zu richten, inwiefern nun der hier nachgewiesene Inhalt der Klage *ex clausula o. r. n. d.* mit der in L. 9. D. jud. solv. angegebenen Richtung der Stipulation übereinstimme. Man könnte nun wohl meinen, dass dies Fragment, welches von ihr sagt, „*in tantum committitur, in quantum judex pronuntiaverit*“ auch auf den uns gegenwärtig beschäftigenden Theil derselben seine Anwendung leide, insoweit diese Clausel ja regelmässig mit dem in der Hauptsache zu fällenden Spruche den gleichen materiellen Inhalt theile. Dem steht aber doch entgegen, dass es sich in L. 9. cit. nicht um eine Sentenz handelt, welche der Richter möglicher Weise hätte fällen können oder pflichtmässig fällen müssen, sondern um eine solche, die in Wahrheit gefällt ist. Da nun, wie oben (p. 74.) nachgewiesen wurde, in dem angeführten Fragmente auch nicht das Urtheil in der Stipulationsklage selbst gemeint sein kann, sondern einzig und allein der in der Hauptsache abgegebene Spruch, so müssen wir es allerdings einräumen, dass derselbe auf die *cl. de re def.* nicht bezogen werden darf¹⁾. Es ist dies aber auch nichts, was irgend ein Misstrauen gegen das bisherige Resultat zu erregen geeignet wäre, da die L. 9. cit. ausdrücklich ein *Judicat* voraussetzt, welches hier fehlt, unseren Fall also offenbar nicht im Auge haben kann. Ueberdies ist es keinesweges etwas Ungewöhnliches, dass man bei der *stip. jud. solvi* zunächst nur an die *cl. de re jud.* denkt, wie denn auch in L. 20. D. jud. solv. der Inhalt der Cautio ganz einfach dahin angegeben wird „*ut quod Sempronius judex judicasset, id praestaretur*“, also ohne Berücksichtigung der beiden Clauseln *de re def.* und *de dolo*.

Die clausula de dolo.

Es ist bekannt, wie *bonae fidei* und *stricti juris judicia* sich darin unterscheiden, dass bei den ersteren sowohl die Frage darnach, ob, als nach dem, was von dem einen dem andern Theile zu leisten sei, nicht nach dem strengen Buchstaben des *jus*, sondern „nach billigem Recht und den wohlverstandenen Intentionen der Parteien“²⁾

1) Vgl. Donellus l. l. §. 17. Keller a. a. O. §. 77. Not. 894.

2) Puchta, Inst. Bd. II. §. 165. p. 119.

entschieden wird. Ebenso bekannt ist es¹⁾, dass die *Rei Vindicatio* gewisse eigenthümliche Erscheinungen in gleicher Weise wie jene darbietet, welche uns dort als Folge jener Besonderheit der *bonae fidei obligationes* und *b. f. judicia* entgegen treten. — Die Eigenthumsklage unterscheidet sich dadurch wesentlich von den gewöhnlichen Stipulationsklagen, welche durchaus *stricti juris* sind. Ein Verhältniss, auf welches auch in unseren Quellen noch besonders aufmerksam gemacht wird.

L. 91. pr. D. de V. O. (45. 1.) *Si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpaе hujus nomine tenetur possessor, ita et, quum dari promissit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promissit, ad dandum, non faciendum tenetur.* (Paull. Lib. XVII. ad Plant.)

Soll nun dennoch unsere Klage auf einer Stipulation beruhen, so muss dieser durch irgend einen besonderen Umstand jene freiere Natur mitgetheilt sein, weswegen denn die Annahme, dass schon der Wortlaut der Stipulation eine darauf bezügliche Fassung erhalten habe, von vorn herein geboten ist. Die Richtung derselben auf das „*quantum ea res est*“ reicht dazu bei der Vieldeutigkeit dieses Ausdruckes nicht hin. Auch bei der in L. 91. cit. erwähnten Stipulation lautet die Formel „*quantum ea res est, condemna*“ und doch tritt hier eine ganz andere Beurtheilung ein. Die *clausula de dolo* liegt hier nahe genug. Bei dem directen Gegensatze von *dolus* und *bona fides*²⁾ ist es gleichbedeutend, wenn Jemand dem ersteren entsagt und letztere zu halten verspricht. Die Clausel verwandelt also die strengrechtliche Stipulation in eine *bonae fidei obligatio*³⁾, ihre Aufnahme in die *stip. jud. solv.* ist vollkommen bezeugt, ihrer Wirksamkeit also sind jene oben gedachten Erscheinungen zuzuschreiben. Es ist dies eine nothwendige Argumentation, wenn die *stip. jud. solv.* zur Einleitung der *Rei Vindicatio* dient. In Wahrheit gelangt

1) Vgl. v. Savigny, System Bd. V. Beil. XIII. No. 3. 4. 9.

2) Ebenda p. 473. Not. a. b.

3) Ebenda p. 495. ff.

nan auch Wetzell¹⁾ zu demselben Resultate. Allerdings auf einem anderen Wege, indem er die Aufnahme der Clausel in die Stipulation als eine historische Nothwendigkeit, als einen Ersatz der früheren *stip. pro praede litis et vindictiarum* darstellt. Wir sind seinen Fusstapfen hier nicht gefolgt, weil wir es mit diesem geschichtlichen Zusammenhange, von dem bereits oben²⁾ das Nöthige mitgetheilt ist, überhaupt nicht zu thun haben, da es hier vielmehr nur unsere Aufgabe ist, die Consequenzen der beiderseitigen Ansichten für die einzelnen Clauseln zu ziehen und ihre Uebereinstimmung mit unseren Quellen zu prüfen. Im Resultate also ist Wetzell mit der obigen Schlussfolgerung einverstanden; auf welche Weise er dazu gekommen, ist für unsere gegenwärtige Untersuchung gleichgültig. Dasselbe gilt von v. Savigny. Auch er sucht, ob er gleich die *stip. jud. solvi* nicht schon für die formelle Grundlage der ganzen Klage hält, dennoch, wie dies bereits oben³⁾ von uns bemerkt ist, die einzelnen ihr mit den freien Judiciis gemeinsamen Erscheinungen aus der *clausula de dolo* zu erklären.

Nach der bisher von uns vertheidigten Ansicht dagegen können diese Folgen nicht aus der Clausel hergeleitet werden, da die Stipulationsklage etwas von der Rei Vindicatio völlig Getrenntes ist. Bereits an einer früheren Stelle⁴⁾ haben wir unsere Auffassung dieser Verhältnisse wenigstens angedeutet. Der Process *per formulam petitoriam* ist aus der Zusammenschmelzung zweier verschiedenen Theile entstanden, aus der strengrechtlichen Entscheidung über die Eigenthumsfrage und dem sich daran knüpfenden *arbitrium liti aestimandae*. Es hat nun zwar das letztere seine Eigenthümlichkeit als *arbitrium liti aestimandae* aufgeben müssen, wie dies oben näher nachgewiesen ist, seine arbiträre Natur aber nichts desto weniger vollkommen bei dieser Verschmelzung beibehalten, so dass der Vindicationsprocess in seiner neuesten Gestalt bis zur Pronuntiation als *stricti juris iudicium*, von da ab als *arbitrium* anzusehen ist⁵⁾. Mit anderen Worten, die dem Richter eingeräumte freie Gewalt kann sich nur in der Beurtheilung der Höhe und des Umfangs, in welchem die Restitution des Streitobjectes erfolgen soll, nicht aber in der Entscheidung der der ganzen Klage zu Grunde liegenden Rechtsfrage zeigen. Zwar ist man auch in Betreff der Tragweite

1) A. a. O. §. 27 p. 199. ff.

2) p. 57. ff.

3) p. 45. ff.

4) p. 67.

5) Vgl. Keller, Civ.-Proc. §. 28. p. 114. ff.

der *clausula de dolo* keineswegs einig, indem ihr einerseits gerade nur die Wirkung zugeschrieben wird, dass sie das Object der Obligation, nicht aber diese selbst nach der *bona fides* beurtheilen lasse, während sie nach Anderer Meinung die ganze Obligation in eine *b. f. obligatio* umwandeln soll ¹⁾. In sofern man nun wie Wetzell ²⁾ und v. Savigny ³⁾ der letzteren Ansicht beistimmt, so beweist schon die Aufnahme der *exceptio doli* in die Formel der Eigenthumsklage gegen die Annahme, als ob die *clausula de dolo* jene Besonderheiten hervorrufe, indem dann ja doch nicht alle Wirkungen eintreten, welche consequenter Weise die Clausel im Gefolge haben müsste. Dagegen darf man nun auch nicht einwenden, wie ja die Vindicationsklage eingestandener Massen in eine *formula arbitraria* eingekleidet sei, in welcher jene Exception ihre Stelle wohl finde. Vielmehr sind unsere Gegner nachzuweisen schuldig, wie dieses Umstandes unerachtet die *stip. jud. solvi* jener Klage zu Grunde liegen könne; ist dies aber wirklich der Fall, so muss man auch alle Folgerungen einer solchen Möglichkeit zulassen und darf nicht beliebig die eine oder die andere ausschliessen wollen. Eine solche Folgerung ist es nun auch, dass in einem *bonae fidei iudicium* die *exceptio doli* durchaus nichtssagend ist. Dass sie sich dennoch bei der *Rei vindicatio* fand, zeigen uns u. a. folgende Stellen:

L. 17. D. de evict. (21. 2.) *Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoverti, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit; improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi.* (Ulp. Lib. 29. ad Sab.)

L. 18. eod. *Sed etsi exceptio omissa sit, aut opposita ea nihilominus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex emto potest conveniri* (Paull. lib. V. ad Sab.)

1) Vgl. v. Savigny a. a. O. p. 496. So macht auch Rudorff (Noten zu Puchtas Inst. §. 314. Not. v.) darauf aufmerksam, dass die *H. P.* erst durch das *S. C. Juventianum*, nicht schon durch die *clausula doli* die Natur eines *b. f. jud.* angenommen habe. Dies müsste denn auch wohl auf die *R. V.* seine Anwendung finden. Vgl. auch Wetzell a. a. O. p. 133. 222.

2) A. a. O. p. 203—205.

3) S. die Not. 1. citirte Stelle.

L. 4. §. 32. D. de exc. dol. mal. (44. 4.) *Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse, Praetorem te tueri, quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summovertetur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem: si non suus esset, replicatione utereris, ac per hoc intelligeretur, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.* (Ulp. Lib. 76. ad Ed.)¹⁾.

Namentlich die Gegenüberstellung der *exceptio doli* und der *exc. in factum comparata*, welcher wir an der letztangeführten Stelle begegnen, liefert uns den stringenten Beweis, dass der Ausdruck *exceptio doli* hier in seiner formellen, nicht bloss in seiner materiellen Bedeutung zu nehmen ist. Als Gegenargument darf auch nicht angeführt werden:

L. 58. D. H. P. (5. 3.) — *quaesitum est, quum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum, quae in eum (filium) erogavit, an filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione summoverti possit? Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli.* (Scaevol. Lib. III. Dig.)²⁾.

Hier wird ja gerade, könnte man sagen, die *exceptio doli* als völlig überflüssig dargestellt, es beweist das Fragment also, dass auch der *Rei Vindicatio*, wie den übrigen *b. f. judiciis* die *exceptio doli ipso jure* inwohnt. Dem ist nun aber doch nicht so. Vielmehr sagt Scaevola gar nicht undeutlich, dass die Wirkung der *exceptio* und das *officium judicis* eine wesentlich verschiedene sei. Die Folge der ersteren ist der Verlust der Klage (*summoverti*), die der Interposition des *officium*, bei weitem milder (*satis consuli*) nämlich eine Temperirung der prätendirten Ansprüche. Jedenfalls wird also nur in dieser einen Hinsicht die Entbehrlichkeit der *exceptio* behauptet; was denn auch mit unserer obigen Ausführung völlig übereinstimmt. Umgekehrt zeigt vielmehr auch diese Lex, dass die formelle *exceptio doli* in der Formel ihren Platz fand. Es geht dies aus den Worten „*etsi non exciperetur*“ hervor, die offenbar nur von der Erhebung der Einrede bei der Ordination des Judiciums verstanden werden können, indem die Vorschützung der Einrede im materiellen Sinne

1) Vgl. v. Vangerow, Pand. §. 334. p. 749.

2) S. v. Savigny, System Bd. V. p. 478. Not. g.

zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes natürlich unter allen Umständen unerlässlich war ¹⁾).

Wenn wir nun aber auch von der durch v. Savigny und Wetzell gebilligten Ansicht in Betreff der Wirksamkeit einer der Stipulation eingefügten *clausula doli* absehen wollen, so ergeben sich doch noch selbst bei einer beschränkteren Tragweite der Clausel eine Anzahl von Inconvenienzen, welche schon an sich genügend sind, die Unrichtigkeit der Annahme darzuthun, wonach die *clausula doli* es sei, welche die Eigenthamsklage den freien Klagen annähere. Allerdings werden diese Inconvenienzen nicht in dem verschiedenen Umfange hervortreten können, welcher dem Streitobject je nach der einen oder anderen Auffassung zu geben wäre, da dieses nach beiden Meinungen gleichmässig *ex bona fide* bemessen werden soll. Wir haben deshalb auch keine Veranlassung, auf die grosse Menge von Streitfragen einzugehen, welche noch gegenwärtig über die Grundsätze obschweben, nach denen in dem einen oder dem anderen Falle die Verbindlichkeit des Beklagten zur Herausgabe des Processgegenstandes und seiner Accessionen sich im Einzelnen regeln soll. Wir werden vielmehr unser Augenmerk vorzugsweise auf den Zeitpunkt zu richten haben, mit welchem anerkannter Massen die strengere Verbindlichkeit des Beklagten eintritt, und untersuchen müssen, inwiefern die hierüber in den Quellen gegebenen Entscheidungen mit der gegnerischen Anschauung sich vereinigen lassen.

Vor allen Dingen ist hier indessen die Frage nach dem Verfall der *clausula de dolo* und ihrem Verhältnisse zu den beiden anderen Clauseln zu erörtern. Nach Wetzells und seiner Anhänger Meinung muss dieselbe stets neben der *clausula de re judicata* und *de re defendenda* verfallen können, indem ja der Inhalt der Condemnation sich je nach den Umständen mit auf sie gründen soll, worüber wir das Nähere noch weiter unten bemerken werden. Das Gegentheil behauptet nun u. A. Donellus ²⁾). *Si judicatur dolo malo perperam* — sind seine Worte — *hic quoque remotis causis ceteris, non potest committi stipulatio, nisi ob dolum, ubi stipulator sententiam improbet*. Dieser Grund trifft aber doch nur zu, wo das *perperam judicare* in einer vollständigen Absolution des Be-

1) Vgl. L. 25. §. 8. D. de aedil. ed. (21. 1.)

2) Comm. jur. civ. Lib. XVIII. c. 14. §. 23. Aber auch schon die Glosse. S. Gl. causae ad L. 5. §. 2. D. jud. solv. u. Gl. novissima ad L. 19. eod. Die an letzterer Stelle citirte *Lex doli* (119.) D. de V. O. (45. 1.) kann hier gar nichts beweisen. Ueber ihre Bedeutung vgl. u. A. Cujacius ad L. 19. cit. in Recit. ad Lib. 36. Quaest. Papin.

klagten, nicht bloss in einer zu niedrigen Condemnation desselben besteht. Ueberhaupt aber ist die Wirksamkeit der *clausula doli* keinesweges, wie wir dies im Verlaufe unserer Untersuchung sehen werden, auf den Fall eines erschlichenen Urtheils beschränkt. Donellus beruft sich zur Erklärung seiner Ansicht ausserdem noch auf einige positive Beweisstellen:

L. 5. §. 2. D. jud. solv. (46. 7.) *In hac stipulatione, quia plures causae sunt una quantitate conclusae, si committeretur statim stipulatio ex uon casu, amplius ex alio committi non potest.* (Ulp. Lib. 77. ad Ed.)

L. 21. D. eod. *Et si reus promittendi duobus heredibus relictis decesserit alter rem non defendat, alter defendat, is qui non defendat, ob rem non defensum conveniri potest, ille, qui defendit, ob rem judicatam, quoniam in unius ejusdemque persona non posse committi has duas clausulas creditur; et nos dicimus semper praevalerere iudicatae clausulam, eamque solam committi.* (Scaevol. lib. sing. quaest. publ. tract.)

Die letztere Stelle spricht nun offenbar nur von dem Verhältniss der *clausula de re judicata* zu der *de re defendenda*. Auch in den hier weggelassenen Anfangsworten derselben wird die gleiche Frage für zwei Fidejussoren aufgeworfen, von denen der eine *ex cl. ob rem n. d.* belangt war, der andere bei späterer Wiederaufnahme des Processes *ob rem jud.* haftet. Wie steht es nun aber mit dem ersten Fragmente? Auf welche Clauseln es sich beziehe, ist dort nicht ausdrücklich gesagt. Nun ist zwar in dem ganzen aus dem 77. Buche von Ulpian's Edicts-Commentare entnommenen Bruchstücke auch nur von jenen beiden Clauseln die Rede; immer aber könnte doch der in L. 5. §. 2. cit. enthaltene Satz von allgemeinerer Bedeutung und in der ferneren Erörterung des Juristen nur eine specielle Anwendung von ihm gemacht sein. Wir müssen deshalb auf die uns mitgetheilten Entscheidungsgründe zurück gehen und sehen, wie weit sie auch auf die *clausula doli* Anwendung finden. *Quia plures* heisst es — *causae sunt una quantitate conclusae*, ganz ähnlich wie in L. 13. pr. eod. — *quum igitur judicatum solvi stipulatio una claudatur clausula*. Gewiss wird jeder hierbei zunächst an das „*quanti ea res erit*“ erinnert und sich geneigt fühlen, aus der Conception der einzelnen Clauseln auf ihre gegenseitigen Beziehungen zu schliessen. Dass nun die *cl. de dolo* in einem etwas anderen Verhältnisse stehe als die beiden übrigen, schiene demnach schon ihre abweichende Fassung zu beweisen. Während hier direct

die Abwesenheit des *dolus* versprochen wird (*dolum malum abesse abfuturumque esse*), ist dort nur das Interesse Gegenstand der Promission, dem die Verurtheilung des Beklagten und der Mangel rechter Vertheidigung als Bedingung beigefügt sind. Man könnte also wohl an dem Zutreffen des geltend gemachten Grundes, *quia plures causae sunt una quantitate conclusae* von vorn herein zweifeln. Allein bei einer Auffassung dieser Worte, wie sie bisher als möglich dargestellt wurde, legt man denn doch etwas ganz anderes in den Ausdruck hinein, als wirklich in ihm enthalten ist. Will man nämlich nicht bei einer reinen Aeusserlichkeit stehen bleiben, die als solche völlig bedeutungslos ist, so muss man unter der *una quantitas* zugleich eine *eadem quantitas* verstehen. Denn nur sofern der Ausdruck die Identität des Obligationsobjectes beweist, welches jedoch nur einmal geleistet werden kann, ist von ihm auf die alternative Beziehung der beiden Bedingungen zu schliessen. Daran hat nun aber der Jurist wohl nicht gedacht; die *una* bildet ihm nur den Gegensatz gegen die *plures quantitates* und folgeweise auch *plures stipulationes*¹⁾. Es wird dies zweifellos, wenn man sich daran erinnert, dass es sich in L. 5. §. 2. wie L. 13. und 21. cit. nur um die Frage handelt, in wie weit die *stip. jud. solvi* mehrmals verfallen könne²⁾. Und so konnte Ulpian in dem in L. 13. pr. cit. angeführten Beispiele wie eine und dieselbe, eben so gut verschiedene Folgen an den Eintritt beider bedingenden Facta knüpfen, sobald es nur feststand, dass die eine dieser Folgen durch die andere ausgeschlossen sein sollte. Ja, kann nicht auch bei der *stip. jud. solvi*, wie wir oben gesehen haben, je nachdem die Vertheidigung unterblieb oder erfolgte, das Interesse ein verschiedenes sein, ebenso wie das „*quantum ea res erit*“ schon logisch seine Ergänzung bald aus dem „*si res secundum me judicata*“ bald aus dem „*si boni viri arbitratu defensa non erit*“ erhält³⁾? Durch jenen Ausdruck „*una quantitas*“ wird also weiter nichts gesagt, als dass das aus der einen Clausel sich ergebende Interesse nicht neben oder mit dem aus der anderen gefordert werden dürfe. Es wird also in L. 5. §. 2. cit. gerade das Verhältniss als anerkannt vorausgesetzt, nach dessen Existenz wir hier erst fragen müssen; eine Entscheidung ist daraus desshalb für uns nicht zu entnehmen; das Fragment geht von dort aus, wohin wir erst gelangen wollen; auf die Wortfassung der Stipu-

1) L. 32. D. de aedil. od. (21. 1) L. 140. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

2) s. oben p. 137. ff.

3) S. schon die Gl. clausula ad L. 13. pr. D. jud. solv. (46. 7.)

lation wird dabei gar keine Rücksicht genommen ¹⁾. Allein auch abgesehen davon, ist die Conception der Formel doch immer nur als Erkenntnissmittel ihres Sinnes, nicht als dessen beherrschendes Princip anzuerkennen, und zwar in unserem Falle um so weniger, als die *clausula de dolo* selbst uns in mehrfacher Fassung begegnet ²⁾. So weit nun die Form hier entscheiden kann — und auf diesen Umstand ist gewiss immer die gebührende Beachtung zu wenden — beweist sie mindestens nicht für die Ansicht des Donellus. Sogar da, wo die *clausula de dolo* als Bedingung für die Leistung des Interesses gefasst wird, (L. 19. §. 1. D. jnd. solv.) ist ihre disjunctive Stellung zu den andern Clauseln dabei noch keineswegs bezeugt und doch spricht es sich erst in dieser Disjunction ³⁾ deutlich aus, dass die verschiedenen Clauseln als *una quantitate conclusae* zu betrachten sind. Im übrigen müssen wir uns endlich denn doch immer an das Sachverhältniss halten. Es wird versprochen, den Dolus zu meiden und im Uebertretungsfalle das Interesse zu ersetzen, sei dies nun ausdrücklich in der Stipulation verheissen, oder nur aus der unabänderlichen Richtung der Condemnation auf Geld zu folgern. Das Interesse also muss dem Kläger gewährt werden, welches er daran hatte, dass jenes dolose Verfahren unterblieb. So weit nun der Dolus nicht jene bedingenden Umstände selbst zum Objecte hat, d. h. soweit er den Eintritt und Erfolg derselben nicht gänzlich vereitelt oder zu vereiteln droht, erzeugt er auch ein von dem Interesse am Urtheil gegen den Beklagten durchaus verschiedenes, welches vielmehr ergänzend zu diesem hinzutritt, insofern es der Grundgedanke der ganzen Stipulation ist, das Recht des Klägers in seinem vollen Umfange zu sichern. In einer Ergänzung der *cl. ob rem jud.* bestand nun zwar auch, wie wir oben sahen, die Function der *cl. de re def.*, aber doch in ganz anderer Art und Weise, als dies von der *cl. de dolo* gilt. Sie sollte für den Fall Fürsorge treffen, wo der Beklagte es zu einem Urtheil nicht wollte kommen lassen; die letztere dagegen ist bis auf einzelne Ausnahmefälle das quantitative Complement der *cl. ob rem jud.* setzt also, soweit es sich nicht um eine

1) Auch in L. 13. pr. cit. geht das „*una claudatur clausula*“ nicht auf die Form als solche, sondern auf ihren Inhalt. So sagt die Gl. ad h. l. „*i. e. committatur*“ springt dann aber auf die blosse Form über. *Vel. dic. contineatur quoad verbum, sed quoad intellectum sunt tres.*

2) S. oben p. 53. f.

3) Man möchte um deswillen auch gegen die Wetzellsche Fassung „*sive hujus rei dolus malus non aberit*“ (s. o. p. 49.) misstrauisch werden. Vgl. L. 21. §. 4. D. de O. N. N. (39. 1.)

Verhinderung des Urtheils handelt, die aber auch wieder nicht in dem *boni viri arbitrato non defendere* bestehen darf ¹⁾, dessen Existenz voraus, wie die *cl. de re def.* die Nichtexistenz desselben. — Von dieser Seite also steht der Wetzellschen Auffassung nichts entgegen; die *clausula de dolo* kann neben der *cl. ob rem jud. committit* werden. Ja noch mehr, sie wird nicht nur einmal, sondern sogar mehrmals committirt, sobald der Dolus wiederkehrt ²⁾. Eine Differenz entsteht nun aber zwischen den beiden Ansichten, der unsrigen und der unserer Gegner in Bezug auf das Verhältniss dieser Clausel zu der *de re defend.* Nach Wetzell müssen beide neben einander verfallen können, da das Contumacialurtheil dem Kläger dasselbe gewähren soll, was er durch ein im regelmässigen Verfahren erlassenes Erkenntniss erhalten hätte, und die Clausel auf den Umfang der Condemnation bestimmend einwirkt. Nach der von uns bisher gegebenen Darstellung hat die *cl. doli* nur die Aufgabe die *cl. ob rem jad.* zu ergänzen — abgesehen von der Nebenwirkung, die ganze Stipulation zur *bonae fidei obligatio* zu machen, die sie nach Einigen ausüben soll; eine Streitfrage, auf die wir hier weiter einzugehen, keine Veranlassung haben — oder, wie wir uns auch ausdrücken können, wenn gleich ein juristischer Grund gegen die gleichzeitige Commission der beiden Clauseln nicht vorhanden ist, so befindet sich doch das ganze Sachverhältniss in einer solchen Lage, wonach die factischen Bedingungen für den Verfall derselben nicht wohl neben einander denkbar sind. ³⁾.

Gehen wir nun zu den einzelnen angeblichen Manifestationen unserer Clausel über, so wird uns von Wetzell und Schlager ⁴⁾ übereinstimmend angegeben

1) Die Haftung dessen, *qui liti se oblutit* ⁵⁾. Dadurch, dass Jemand, gleich als ob er Besitzer wäre, die Vindication über-

1) A. M. Donellus, l. l. §. 21. Die von ihm citirte L. 78. D. de proc. beweist das aber nicht.

2) Es geht dies unmittelbar aus der Betrachtung hervor, dass ja dem Kläger sein volles Interesse werden soll. Man kann hierfür wohl L. 19. pr. D. jud. solv. mit der Glosse *in futurum* ad h. l. und Gl. *non potest* ad L. 5. §. 2. eod. unbedenklich anführen. Ueber ähnliche Verhältnisse vgl. L. 133. D. de V. O. L. 18. D. *ratam rem hab.* (46. 8.) al. An eine wiederholte Klage aus der Clausel ist hier aber nicht zu denken.

3) Vgl. L. 119. D. de V.-O. (45. 1.)

4) A. a. O. §. 23. p. 243—252.

5) Wetzell a. a. O. §. 28. p. 211. ff.

nimmt ¹⁾, wo dann eigentlich seine Absolution erfolgen müsste, würde er den Eigenthümer in grossen Nachtheil versetzen, sei es, dass der wahre Besitzer inzwischen die begonnene Usucapion vollendet, sei es, dass ihm Gelegenheit und Zeit gegeben wird, sich der Klage des Vindicanten gänzlich zu entziehen, oder doch deren endliches Resultat zu vereiteln. Um diesem Uebelstande vorzubeugen, hat das Römische Recht allgemein die Haftung dessen, *qui liti se obtulit* in derselben Weise, wie wenn er Besitzer wäre festgestellt. In allgemeiner Form wird dieser Satz ausgesprochen in:

L. 25. D. R. V. (6. 1.) *Is qui se obtulit rei defensionis sine causa, quum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait, quae sententia vera est.* (Ulp. Lib. 70. ad Ed.)

L. 13. §. 13. D. de H. P. (5. 3.) *Et videndum si non possidens obtulerit tamen se petitioni an teneatur? Et Celsus libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat, omnem qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* (Ulp. Lib. XV. ad Ed.)

Auch ist diese Haftung nicht bloss auf den eigentlichen *dolus* beschränkt, sondern im gleichen Masse durch *culpa* begründet, wie denn hier überhaupt der Satz gilt „*qui in rem convenitur, etiam culpa nomine condemnatur*“²⁾, wovon auch in L. 25. cit. in den Worten „*sine causa*“ schon Anwendung gemacht ist³⁾. Wir haben hier also nach Wetzells Ansicht einen Fall vor uns, wo die Contractsklage den unmittelbar in der Eingehung des Contracts begangenen Dolus verfolgen soll. Dass nun hierzu die *clausula doli* ausreichend gewesen, lässt sich nach Stellen wie

L. 6. §. 9. D. de A. E. V. (19. 1.) *Si venditor sciens obligatum vel alienum vendidisset, et adjectum sit, neve eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.* (Pompon. Lib. IX. ad Sabin.)

nicht wohl bezweifeln ⁴⁾. Allein ebenso sehr ist es in Abrede zu

1) Denn: *in rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere.* L. 80. D. R. V. (6. 1.)

2) L. 80. D. de R. V.

3) Vgl. Wetzell a. a. O. p. 216.

4) Vgl. L. 4. pr. L. 13. §. 5. D. de A. E. V. v. Vangerow, Pand. §. 185. p. 361. a. E.

stellen, dass es hierzu eines so künstlichen Mittels bedurfte. Schon die Natur der Vindication muss genügen, um dasselbe Resultat herbeizuführen; die nach der Pronuntiation dem Richter zustehende freie Gewalt, der also die ganze Anweisung zur Restitution und damit auch die Untersuchung über die Existenz von der factischen Voraussetzung der Restitution, dem Besitze bei dem Beklagten anheimfällt, ist völlig befähigt, jenem Satze des Marcellus ohne Weiteres Geltung zu verschaffen. So sagt

L. 9. D. de R. V. (6. 1.) *Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat.* (Ulp. Lib. XVI. ad Ed.)

Aber, haben wir uns hier nicht in einem blossen Cirkel bewegt? Es ist ja gerade die Frage, ob nicht jener Charakter der Vindication aus der *clausula doli* abzuleiten sei, und dem gegenüber erinnern wir uns daran, wie diese Klage in ihrem letzten Theile auf einem *arbitrium* beruht. Allein es ist hierbei nicht zu übersehen, dass jene Frage überhaupt nur in sofern einen Sinn hat, als man die Klage auf eine Stipulation, also ein strenges Rechtsgeschäft gründet — man müsste denn etwa überhaupt für die Erscheinung der *bonae fidei judicia* den Grund in der *clausula doli* suchen — und dass überdies oben nachgewiesen wurde, dass die Grundlage des *arbitrium liti aestimandae* in jener früheren Zeit ebensowenig als später in der *stip. jud. solvi* zu finden ist.

Indessen schon hier stossen uns einige Erscheinungen auf, welche gegen den Versuch sprechen, die Haftung des *fictus possessor* aus der *clausula de dolo* abzuleiten. Dahin gehört es einmal, dass derjenige, welcher sich zunächst zum Besitze der streitigen Sache bekannte, dann aber noch vor der Litis-Contestation zurücktritt und das wahre Sachverhältniss angiebt, zu weiter nichts verpflichtet ist, wenigstens der Vindication nicht unterliegt. Man beruft sich zum Beweise dieses Satzes gewöhnlich auf L. 25. D. R. V., welche nach den oben (p. 159.) angeführten Worten also fortfährt:

Sed hoc post litem contestatam; ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, quum vere non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit.

Es sind hiermit aber noch die beiden folgenden Fragmente zu verbinden, welche von den Compilatoren mit dem vorhergehenden in unmittelbaren Zusammenhang gesetzt sind.

L. 26. D. de R. V. (6. 1.) — *Nam si actor scit, tunc is*

non ab alio sed a se decipitur; et ideo reus absolvitur. (Paull. Lib. II. ad Plaut.)

L. 27. eod. *Sin autem, quum a Titio petere vellem, aliquis dixerit se possidere, et ideo liti se obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est.* (Paull. Lib. XXI. ad Ed.)

Man hat nun in diesen Fragmenten den Satz gefunden: Derjenige, *qui liti se obtulit*, hafte gleich dem wirklichen Besitzer, doch könne er von dem Vorgeben, dass die Sache in seinem Gewahrsam sei, bis zur Litiscontestation noch zurücktreten, nur in einem Falle solle ihm dies nichts helfen, wenn nämlich der Kläger durch sein Dazwischentreten bewogen sei, die gegen den wahren Besitzer beabsichtigte Klage nunmehr gegen den Intervenienten anzustellen und dies hinlänglich zu beweisen vermöge ¹⁾. — Neuerlich ist hiergegen allerdings Einspruch erhoben worden ²⁾, jedoch bis jetzt ohne allgemeinen Erfolg. Wenn auch wir uns mit dieser Frage beschäftigen, so geschieht dies um deswillen, weil die genaue Fixirung des Zeitpunktes, mit welchem die Haftung des *fictus possessor* eintritt, für uns von hoher Wichtigkeit ist. Bleiben wir nun zunächst bei der Erklärung unserer Quellenzeugnisse stehen, so müssen wir sie aus einem doppelten Gesichtspunkte betrachten; einmal als selbständige Bruchstücke, dann in dem durch die Compileren ihnen gegebenen Zusammenhange. Dass nun in L. 27. pr. etwas besonderes gesagt sein solle, hat man abgesehen von der Protestation des Klägers, die man an unserer Stelle fand ³⁾, vorzugsweise aus dem „*omni modo*“ herauslesen wollen. Allein hierin müssen wir Wetzell beistimmen, dass darin noch nichts Anderes liegt, als das, was an anderen Stellen mit der Annahme einer *ficta possessio* überhaupt gesagt ist. Es hat *omnimodo* nicht selten nur die Function, den Begriff, neben den es gesetzt ist, einer vorhergegangenen Negation desselben gegen-

1) Schon in der Glosse Gl. *Omnimodo* ad L. 27. pr. findet sich diese Ansicht. Vgl. ferner Cujacius ad h. l. recit. in Lib. 21. Paull. ad Ed. Recit. in tit. D. de R. V. ad L. 7. Donellus, *Comm. jur. civ.* Lib. XIX. c. 12. §. 15. Glück, *Comm.* Bd. VIII. p. 203. Not. 2. und die das. Citirten. Gesterding, *Lehre vom Eigenthum*, Greifswald 1817. p. 320. v. Vangerow, *Pand.* §. 332. p. 734. Ueber die *testatio*. vgl. Heffter, *System* §. 241.

2) S. Wetzell a. a. O. p. 215. v. Wächter, *Erörterungen*. Hft. 3. p. 128. Stuttgart 1846.

3) S. Wetzell a. a. O. Not. 2. und die auf dieser Seite Not. 1. Citirten.

über hervorzuheben und zu verstärken, ohne seine Anwendbarkeit über ihre eigentlichen Grenzen hinaus auszudehnen¹⁾. Was wir aber für entscheidend halten, dafür, dass dennoch etwas über jene allgemeine Regel hinausgehendes an dieser Stelle vorgetragen werde, ist der dem Kläger aufgebürdete Beweis, während sonst die Wissenschaft desselben um das wahre Sachverhältniss dem Beklagten darzuthun obliegt, wenn er anders der Condemnation entgehen will²⁾. Worin liegt nun aber diese Besonderheit. Es lässt sich das ziemlich sicher aus dem Inhalte des von dem Kläger zu liefernden Beweises entnehmen, ebenso wie aus der ganzen Sachlage. Der Kläger wollte gegen den Titius vorgehen, er musste also wissen oder mindestens davon überzeugt sein, in ihm den Besitzer zu belangen. Jetzt kommt jener Dritte dazwischen und giebt sich für den Besitzer aus; der Eigenthümer wird dadurch veranlasst, sich gegen ihn zu wenden; in seinem Wissen von der Sachlage wird dadurch nichts geändert, höchstens ein Zweifel erregt. Dies nun aber soll dem *liti se offerens* nichts nützen, seine Condemnation erfolgt ohne Rücksicht auf die etwaige Kenntniss des Klägers, sobald dieser nachweist, er habe die Klage gegen den Titius aus Rücksicht auf die Erklärung des Dritten aufgegeben. In diesem Zusammenhange ist nun auch von den Compilatoren diese Stelle aufgefasst. Will man also auf das *omnimodo*, was wir indessen, wie gesagt, keinesweges für nöthig halten, ein besonderes Gewicht legen, so würde darin nur die Unabhängigkeit der Condemnation von dem Wissen oder Nichtwissen des Klägers ausgedrückt sein. Eine Ansicht, welche sich neben der vorhin erwähnten gleichfalls bereits in der Glosse vorfindet. — Hier nach möchte nun freilich für jenen Satz unserer Civilisten in dieser Stelle keine Bestätigung zu finden sein. Eben so wenig ist aus der Natur der Sache für ihn etwas abzuleiten.

Wie kann man von demjenigen, welcher den Mangel der Bedingungen der Vindication noch vor der Litiscontestation seinem Gegner anzeigt, sagen, er habe sich doloser Weise dem Processe unterzogen? Man müsste hier einen Zwang des Beklagten zum Eingehen auf die Klage annehmen, um ihn dann auf Grund desselben haften zu lassen. Es läge hierin eine so weitgreifende Ausdehnung der Haftbarkeit des Beklagten, dass wir ohne bündige Quellenzeugnisse eine solche anzunehmen, gewiss nicht berechtigt sind. An derartigen positiven Beweisen fehlt es jedoch völlig. Was nun aber der ent-

1) Vgl. L. 27. §. 1. D. de R. V. (6. 1.) Vgl. Dirksen, Manuale s. h. v. §. 1.

2) L. 45. D. H. P. (5. 3.)

gegengesetzten Ansicht vorzugsweise Eingang verschafft hat, dürfte folgende Erwägung sein. Man fand es unbillig, dass dem Kläger kein Ersatz für die Läsion werden solle, die möglicher Weise für ihn schon durch die erste Anerkennung des Besitzes bei dem Belangen von Seiten des Letzteren herbeigeführt war. Dafür ist indessen in Wahrheit schon durch andere Mittel gesorgt. Wenn der in Anspruch genommene bei seinem Rücktritt auch nicht als ein solcher angesehen werden kann, *qui liti dolo se obtulit*, so handelt er darum doch nicht minder dolose, und er wird deshalb der *actio de dolo* unterliegen, oder wenn sein arglistiges Benehmen nach der *stip. jud. solv.* vorfällt, der Stipulationsklage vermöge der *clausula doli* ausgesetzt sein.

L. 19. §. 2. D. jud. solv. (46. 7.) *Doli autem mali clausula, sicut reliquae stipulationes, in quibus tempus nominatim adjectum non est, ad principium stipulationis refertur.* (Venulej. Lib. IX. Stip.)

Wäre also die Vindication auf die Stipulation gegründet, so müsste unbedingt auch dieser Dolus mit in derselben berücksichtigt werden. Statt dessen wird als Grenze für die Berücksichtigung desselben die Litiscontestatio genannt. Ein Beweis für die Unrichtigkeit der Prämisse. Es sind indessen noch einige Worte über die L. 25. cit. zu sagen, in welcher eben die Litiscontestatio als der entscheidende Zeitpunkt genannt sein soll. Dass dem wirklich so sei, ist nun unseres Wissens von Keinem je bezweifelt worden. Man konnte dies um so weniger, als die L. 27. pr. als eine Ausnahme von der in L. 25. aufgestellten Regel aufgefasst wurde. Indem wir das letztere läugnen, verlohnt es sich wohl, auch noch auf die Regel selbst einen Blick zu werfen; besonders da der Ausdruck derselben nicht ohne alles Bedenken ist. *Non decipit actorem* heisst es dort. Allein ein *decipere* lag ja schon in dem vorherigen Verhalten! Dennoch konnte der Jurist sich ohne Weiteres dieses Ausdrucks bedienen; es kommt ihm darauf an zu zeigen, dass ein *liti se offerre* darin nicht liege; er setzt nun den Begriff desselben als ein *decipere* durch die Eingehung des Processes als bekannt voraus, und so kann er denn in Beziehung auf die vorliegende Frage das Vorhandensein des *decipere*, d. h. des *decipere*, welches hier überhaupt nur von Bedeutung ist, einfach verneinen, ohne damit die Existenz eines Dolus im Allgemeinen in Abrede zu stellen. Dies steht also der gemeinen Interpretation nicht im Wege. Doch auch an der positiven Beglaubigung mangelt es ihr nicht; entscheidend für das Verständniss der Stelle sind die Worte „*sed hoc post litem conte-*

statam“. Könnte man dieselben also paraphrasiren: „Allein ein solches *liti se offerre* ist erst in der Litiscontestation möglich,“ so wäre damit die ganze Frage mit einem Schlage abgethan. Bei dieser Annahme aber würde es freilich dem logischen Zusammenhange besser entsprechen, wenn der Jurist fortführe, „daher kann vor der Litiscontestation davon nicht die Rede sein,“ wogegen von einem Zurücktreten kaum gesprochen werden dürfte, indem zwar die Zeit vor und nach der Uebernahme des Processes unterschieden werden müsste, in der ersteren selbst aber wieder einzelne Momente herauszuheben, kein Anlass gegeben wäre. Jene Umschreibung ist nun aber auch gewiss nicht mit dem Wortlaute des oben mitgetheilten Passus zu vereinigen. Es ist ohne Zweifel grammatisch richtiger, das *hoc* auf das vorhergegangene „*non est absolvendus*“ zu beziehen und zu übersetzen: „Aber diese Folgen treten erst durch (und darum nach) der L. C. ein“. In diesen Worten nun liegt die eigentliche Definition dessen, was man unter *liti se offerre* hier zu verstehen habe. Ulpian dehnt hier also die Bezeichnung *liti se offerre* auch auf die vorbereitenden Handlungen aus, was zwar dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens angemessen ist, nicht aber mit der juristischen Terminologie übereinstimmt, die an unserer Stelle erst aus jenem entwickelt werden soll. Gerade darum ist dieselbe besonders bedeutsam und für den Satz, dass das *liti se offerre* in der L. C. selbst geschehe, beweisend; worin, wie oben angegeben, ein Gegenargument gegen die Wetzellsche Theorie geliefert wird.

Einen weitem Grund gegen dieselbe giebt uns der mögliche Inhalt der wegen des Dolus erfolgenden Verurtheilungen an die Hand; nach unserer Gegner Ansicht muss diese stets der Condemnation im Vindicationsprocesse gleich sein, denn der *fictus possessor* soll gleich dem *vere possidens* haften. Ja, es liesse sich selbst wohl ein innerer Zusammenhang in diese Bestimmung bringen, und sie sich aus dem Wortlaute der Stipulation erklären. Der Ausgang des künftigen Processes gegen den *verus possessor* und mehr noch sein endlicher Erfolg ist zweifelhaft, und deshalb das gegenwärtige Interesse des Klägers aus dem gegen ihn begangenen Dolus gleich dem vollen Betrage des Klagobjects. Ganz so wie wir dies oben für die *clausula de re defendenda* auch factisch anerkannt fanden. — Gegen eine solche principielle, nicht bloss zufällige Identität des Inhalts der *cl. de dolo* und des Processgegenstandes sprechen nun aber schon die Endworte von:

L. 45. D. de H. P. (5. 3.) *Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis*

*scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit ex doli clausula tenetur; aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi*¹⁾. (Celsus Lib. IV. Dig.)

wo die Beziehung auf die *clausula de dolo* mit klaren Worten ausgesprochen und doch deren Endergebniss in Gegensatz mit der *condemnatio* gesetzt ist. Es leidet denn auch wohl keinen Zweifel, dass dies in Betreff der Höhe geschieht, bis zu welcher der, *qui liti se obtulit* haften soll, womit die meisten Ausleger übrigens auch einverstanden sind²⁾. Dies Resultat muss für unseren Zweck genügen. Auf eine weitere Erklärung dieses Fragmentes einzugehen, ist hier nicht der Ort, dagegen haben wir allerdings die Frage zu beantworten, wie denn wohl eine materielle Verschiedenheit der beiden Ansprüche sich in der Lage der Sache begründe, da wir doch so eben nur anerkannten, dass bei der Unsicherheit über den Ausfall des künftigen Processes der Anspruch des Klägers auf das volle Object der ersten Klage gerechtfertigt erscheine! Wir können hier zum Beweise und zur Erläuterung eine andere Stelle unserer Pandecten anführen.

L. 39. D. de dolo malo. (4. 3.) *Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc, ut alius usucapiat, et judicatum solvi satis dederis, quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis et ita Sabino placet* (Gai. Lib. 27. ad Ed. prov.)

Dies Fragment ist von jeher von der *actio doli* verstanden worden. So von den Basiliken³⁾, der Glosse und fast allen Interpreten⁴⁾; und, dürfen wir hinzufügen, im Sinne der Compileren, bei denen die *stip. jud. solvi* in ihrer Anwendung auf den Vindicationsprocess[grösstentheils unpractisch geworden war, auch mit Recht,

1) Vgl. über den Inhalt dieses Quantums L. 13. §. 1. 2. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) Vgl. v. Vangerow, Pand. §. 333. p. 735. Gesterding, Eigenth. p. 319. der allerdings wie auch Glück, Comm. Bd. VII. p. 529. das erwähnte Interesse für den Gegenstand des Urtheils im Vindicationsprocesse hält. S. übrigens noch Schulting-Smallenburg, Notae. ad h. l. v. Savigny a. a. O. Bd. V. p. 501. Not. e. In den Basiliken ist die Beziehung auf die *cl. doli* völlig weggefallen. Lib. 42. Tit. 1. c. 45.

3) Lib. X. tit. 3. c. 39.

4) So z. B. von Neueren im deutschen Corpus Juris von Sintenis „so wirst du — doch der Klage *de dolo malo* ausgesetzt sein.“

denn von dieser und insbesondere von der *clausula doli* handelt unsere Stelle. Schon von A. Faber ¹⁾ wird sie also erklärt. Nur so erhält die Erwähnung der *cautio jud. solvi* einen genügenden Grund, nur so erhalten die Worte „*Quamvis absolutus sis*“ eine lebensvolle Beziehung. Diesem letzteren Erfordernisse allerdings wird auch bei der Erklärung Wetzells ²⁾ genügt. *Quamvis absolutus sis* heisst ihm, „obgleich du wegen deines Dolus schon losgesprochen bist.“ Dem würde nun aber die Wirkung der *res judicata* widersprechen ³⁾, so dass wir hiernach zu einem materiell falschen Resultate kommen. Der erstere der oben erhobenen Einwände bleibt überdies in voller Kraft. Es ist also das Urtheil im Eigenthumsprocesse für den Dolus günstig ausgefallen, indem offenbar auf die betrügliche Uebernahme desselben vom Richter weiter nicht eingegangen wurde. Hat sich nun der Kläger zunächst gegen den wirklichen Besitzer gewendet und dort ein obsiegliches Erkenntniss erhalten, so wird er aus der *clausula doli* immer noch das, was ihm durch des ersteren Arglist entgangen ist, nachfordern können. Dies wird gewiss geringer sein als der erste Klaganspruch. Ein Interesse wird hier aber denn doch noch in den allermeisten Fällen anzuerkennen sein, schon wegen der inzwischen entgangenen selbst-eigenen Nutzung der streitigen Sache. Ganz abgesehen von diesem Unterschiede im Klagobject ist es aber schon eine neue Widerlegung der Wetzellschen Ansicht, wenn, wie uns dies in L. 39. D. cit. bezeugt wird, überhaupt nach eingetretener Absolution im Vindicationsprocesse aus der *clausula de dolo* eine neue Klage möglich war.

2) Die Haftung dessen, *qui dolo desiit possidere* ⁴⁾. Auch diese Eigenthümlichkeit unseres Verfahrens wird von unseren Gegnern aus der *clausula doli* abgeleitet. Im Ganzen gilt von ihr dasselbe, was bereits in Betreff der ersteren gesagt ist. Die Regel nun, auf welche diese Erscheinung sich stützt, findet sich in allgemeiner Fassung in

L. 157. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) *Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.*
(Ulp. Lib. 71. ad Ed.)

Im Besondern ist nun aber zu unterscheiden, ob die Entäusse-

1) Rational. ad L. 7. §. 4. L. 39. D. de dol. mal.

2) A. a. O. p. 213

3) Vgl. L. 9. pr. L. 17. 18. D. de exc. rei jud. (44. 2.) v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 291. u. §. 297. No. 1. p. 424—26.

4) Wetzell a. a. O. §. 29. 30. p. 219.—240.

rung vor oder nach der Litiscontestation vorgenommen ist. Im ersten Falle haftet nur der Besitzer im bösen, im letzteren auch der im guten Glauben und zwar beide für *dolus* und *culpa*. Das sagt uns

L. 45. D. de R. V. (6. 1.) *Si homo sit, qui post conventionem restituitur, siquidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo; debere caeteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.* (Ulp. Lib. 68. ad Ed.)

Hier ist nun zwar auch von dem Dolus des *b. f. poss.* die Rede. Allein dieser kann hier nur in einem betrüglichen Verhalten bei der Restitution selbst liegen ¹⁾, fällt also doch wieder in die Zeit nach der Litis-Contestation, während das *dolo desinere possidere* ihr vorhergehen soll. Bei der Besizentäusserung dagegen liegt der Dolus des *b. f. poss.* nicht in der Verfügung über die Sache überhaupt, sondern darin, dass diese Verfügung zum Zwecke hat, dem Gegner die Verfolgung seines Rechtes unmöglich zu machen. So ist hier auch schon vor dem Anfang des Processes eine Arglist des Besitzers im guten Glauben möglich ²⁾. Die Beweiskraft unserer Stelle ist indessen noch mit einigen Worten darzulegen. Augenscheinlich nämlich bezieht sich dies Fragment nicht auf das Urtheil, sondern auf die *cautio de dolo*. Durch diese soll aber dem Kläger doch nur das gesichert werden, was er durch jenes erhalten hätte, und so ist denn allerdings von dem Inhalt der einen auf den des anderen zu schliessen. Zweitens handelt Ulpian hier aber auch gar nicht von dem *dolo desinens possidere*. Allein wenn der Beklagte für den durch sein Zuthun vereitelten Erfolg der Restitution eintreten soll, so wird er gewiss auf keine gelindere Beurtheilung Anspruch zu machen haben, wenn auch die factische Voraussetzung derselben, d. h. sein Besitz von ihm aufgegeben ist. In der Haftung für den vor der Litiscontestation begangenen Dolus liegt nun etwas über den Begriff der *actio in rem* etgentlich hinausgehendes, was dieselbe den persönlichen Klagen annähert, indem ein quasicontractliches Verhältniss hier erst mit der Litiscontestation begründet wird. Dass wir

1) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. VI. p. 167. 168.

2) Wenn Hasse (Culpa des Röm. R. Bonn 1838. p. 376.) hierbei besonders an die *mala fides superveniens* zu denken scheint, so vgl. dagegen v. Scheurl, Beitr. p. 297. 298. S. übrigens auch Wetzell a. a. O. p. 207. Unrichtig ist es aber, mit letzterem den Dolus erst von der „Belangung“ an (so wird *conventio* in L. 45. cit. von ihm übersetzt) möglich zu glauben.

es hier mit einem ganz positiven Institute zu thun haben, erkennen nun auch unsere Quellen an.

L. 27. §. 3. D. de R. V. *Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione; idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat. Quum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.* (Paull. Lib. 21. ad Ed.)

Wie steht hierzu nun aber die *clausula de dolo*? Dass aus ihr die Verbindlichkeit des Beklagten nicht abgeleitet wurde, ist hienach nicht zu bezweifeln. Hätte sie nicht aber dieselbe nothwendigerweise begründen müssen, wenn sie wirklich dem Eigenthumsprocesse zu Grunde lag? Wir glauben nicht ¹⁾. Dolus und Culpa sind nur denkbar, soweit bereits eine rechtliche Verpflichtung zwischen den beiden Theilen besteht, sei diese eine allgemein gesetzliche, wo deren Uebertretung dann eine Delictsobligation zur Folge hat, oder eine besondere contractliche, wo durch die Culpa eine Modification des contractlichen Verhältnisses herbeigeführt wird; das blosse Versprechen also, für Dolus aufkommen zu wollen, ist doch noch nicht im Stande, rückwärts eine Obligation zu erzeugen, wo bisher noch keine bestand. Es ist dies eine blosse Anwendung des bereits oben erwähnten Satzes, *doli clausula ad principium stipulationis refertur*. Wenn nun aber einmal die betreffenden Handlungen sich selbständig als Dolus characterisirten, so konnte dann freilich in dem Versprechen *dolum malum abesse*, auch der schon begangene, aber in seinen Folgen noch fortwirkende Dolus begriffen sein. Ja, der Richter musste unbedingt auch auf diesen Dolus Rücksicht nehmen; er hätte sonst, wozu die *cl. doli* ihn anwies, das Object der Verbindlichkeit nicht nach der *bona fides* beurtheilt. Nur ist dies nicht mit Wetzell ²⁾ aus

L. 25. §. 7. D. de H. P. (5. 3.) *Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.* (Ulp. Lib. 15. ad Ed.)

zu folgern, da dort nur von der Haftung des Prädo *doli nomine*,

1) Vgl. Rudorff in den Noten zu Puchtas Inst. Bd. III. §. 314. Not. v.

2) A. a. O. p. 222.

nicht aber *ex clausula doli* die Rede ist, und, wie oben gezeigt, das erstere nicht als Wirkung der letzteren erscheint. — Dass nun aber als Zeitgrenze für den *dolus praeteritus* die Litiscontestation nicht die Interposition der Stipulation angegeben wird ¹⁾, dies beweist, dass die *doli clausula* überhaupt nicht der Grund für die Berücksichtigung der Arglist und sonstiger Verschuldung im Eigenthumsprocesse gewesen ist. Ja, die Eigenthümlichkeit der Erbschaftsklage, dass dort der Besitzer im guten Glauben schon durch die Mittheilung über die gegen ihn erhobene Klage für Versehen und Arglist verantwortlich wird ²⁾, ohne dass dabei an einen *dolus praeteritus* zu denken ist, spricht um so deutlicher für die völlige Unabhängigkeit des *doli nomine teneri* von der Stipulation.

Die Motive nun, welche die Annahme eines *Dolus praeteritus* bewirkt haben, gehören als gänzlich ausserhalb der *clausula doli* liegend der gegenwärtigen Erörterung streng genommen nicht an. Nur einen Punkt noch etwas näher zu besprechen, mag uns erlaubt sein. Wetzell ³⁾ stellt die Ansicht auf, als habe die Eigenthumsklage einer Zusammenziehung mit der *act. in factum de alienatione iudicii mutandi causa facta* die Aufnahme des *dolus praeteritus* zu verdanken. Wie wenig dies wörtlich zu verstehen sei, wird eine Vergleichung der beiden Klagen zeigen, welche sowohl in ihrem Objecte als in ihren Voraussetzungen weit auseinander gehen. Die Vindication wird gegen den *fictus possessor* angestellt, ehe der wahre Besitzer ausgeklagt ist, und fällt nachher fort ⁴⁾, nicht minder durch die Uebernahme der Klage von Seiten des letzteren ⁵⁾. Umgekehrt setzt die *actio in factum* gerade die Belangung des unbequemen Gegners voraus, mit einziger Ausnahme des Falles, wo die beabsichtigte Klage gegen ihn überhaupt nicht mehr zulässig ist ⁶⁾, und kann durch die Erklärung des Veräusserers, er wolle sich der Klage unterziehen, wie wenn er noch besässe, vermieden werden ⁷⁾. Eben hieraus ergibt sich nun auch, wie verschieden der

1) S. ausser der oben angeführten Stelle noch L. 27. §. 3. R. V. (6. 1.) L. 4. §. 18. D. de dol. mal. exc. (44. 4.)

2) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. de H. P. vgl. Puchta, Pand. §. 96. Not. q.

3) A. a. O. p. 133. 134. 222. vgl. auch v. Vangerow, Pandecten. §. 332. p. 734. No. III. b.

4) L. 13. §. 14. D. de H. P. (5. 3.) L. 95. §. 9. D. de solut. (46. 3.)

5) L. 13. §. 14. D. cit.

6) L. 1. pr. L. 4. pr. D. de alien. jud. m. c. f. (4. 7.)

7) L. 3. §. 5. D. eod.

Inhalt derselben sein muss, und so wird uns denn auch die eine als reipersecutorisch bezeichnet ¹⁾, d. h. es soll dem Kläger durch sie sein volles Interesse gewährt werden, aber auch nichts mehr, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob dem Beklagten durch seine Veräusserung irgend ein Vortheil zugekommen ist, oder nicht ²⁾. In der Vindication tritt dagegen diese Richtung keinesweges so deutlich heraus, da dem Kläger immer noch frei steht, sich nunmehr auch gegen den wirklichen Besitzer zu wenden ³⁾, in der ersten Klage für ihn also möglicher Weise ein blosser Gewinn liegt. Hierzu kommt nun noch das positive Zeugniss der L. 27. §. 3. D. de R. V. Man kann also wohl sagen, es habe bei jener Ausdehnung der Eigenthumsklage ein ähnliches Motiv gewirkt wie bei der Aufstellung der *actio in factum*, als eine blosser Zusammenziehung der ersteren und letzteren ist die spätere Gestaltung der Vindication aber in keiner Weise anzusehen.

Wir haben es so eben hervorgehoben, dass bei der Klage gegen den *fictus possessor* keineswegs bloss der Gesichtspunkt einer Schadloshaltung des Klägers in Betracht kommt. Es wird vielmehr nicht selten ausdrücklich in unseren Quellen ausgesprochen, dass er zur Strafe seiner Arglist gewissen Nachtheilen ausgesetzt sein solle. Hierin zeigt sich nun die pönale Natur der Klage schon sehr viel deutlicher als in ihrer Richtung auf die Aestimation des Processobjectes, bei der es denn doch dem Zufalle überlassen bleibt, ob durch sie der Belangte eine wirkliche Einbusse zu erleiden hat. Hierher gehört nun

L. 69. D. de R. V. (6. 1.) *Is, qui dolo fecit, quominus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas ejus rei nomine habeat, se ei praestitutum.* (Paull. Lib. XIII. ad Sab.) ⁴⁾.

Es wird diese Eigenthümlichkeit für unsere Untersuchung um so bedeutsamer, als für sie gewiss nur aus der *clausula de dolo* die

1) L. 4. §. 6. L. 5. 6. 7. D. eod.

2) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 210. Francke, Beiträge. Göttingen 1828. p. 3. 4. vgl. auch L. 4. §. 5. D. cit. Denselben Umfang hat auch die *actio ex stipulatu*, wenn sie nach der Ausklagung des wirklichen Besitzers angestellt wird. Einen positiven Beweis wie für den vorigen Fall hier beizubringen, sind wir freilich nicht im Stande. Es kann für die Beurtheilung des Ganzen aber auch darauf nicht mehr ankommen.

3) L. 13. §. 14. D. H. P. L. 95. §. 9. D. de solut. L. 25. §. 8. D. H. P.

4) Vgl. L. 63. D. de R. V.

Erklärung zu suchen wäre, unter deren Herrschaft denn doch der Richterspruch erfolgen muss, während der *dolus praeteritus* allerdings eine selbständige Begründung ausserhalb der *clausula doli* nachweisen kann. Für die *b. f. judicia* ist nun aber gerade das Gegentheil bezeugt.

L. 12. D. de re judic. (42. 1.) *In depositi vel commodati judicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.* (Marcellus Lib. IV. Dig.)

Zwar liesse sich für die Besitzentäusserung vor der Litiscontestation allenfalls eine Erklärung der abweichenden Behandlung geben ¹⁾; der Depositar etc. entgeht der Klage nicht, welcher der Besitzer sich in dieser Weise zu entziehen sucht. Allein unsere Stellen sprechen so allgemein, dass eine Beschränkung auf diesen Fall für unsere Vorschrift gewiss nicht nachzuweisen ist. Nach der Litiscontestation müsste nun aber consequent für freie und Eigenthumsklage dasselbe gelten; die *cl. doli* lässt ja den Besitzer aus seinem Versprechen nicht weniger für seinen Dolus haften, als den Depositar aus seinem Contracte, was also dem einen recht und billig war, musste es auch dem andern sein. Wenn Wetzell ²⁾ sich darauf beruft, man habe jene delictsartige Haftung vor der Litiscontestation durch die *stip. jud. solv.* nicht als aufgehoben betrachtet, sondern fortdauern lassen, so übersieht er, dass die Bedingungen für eine solche delictartige Haftung nach Ableistung der Stipulation eben gar nicht mehr vorhanden sind, uns deshalb jede solche Fortdauer unbillig wäre, während er es für unbillig hält, dem Verklagten hier die zugesagte *bona fides* zu Gut kommen zu lassen. Ganz anders stellt sich das ganze Verhältniss, sobald man den Gedanken aufgibt, als ob die Vindication auf einer Stipulation beruhe. Alsdann steht in dieser Beziehung die Zeit vor und nach der Litiscontestation völlig gleich. Es ist in beiden nur das *officium judicis* ³⁾, durch welches die Haftung des Verklagten herbeigeführt wird, und es kann auch für die Besitzentschlagung während des dauernden Rechtsstreits der

1) Ueber verschiedene andere Erklärungsversuche. s. Wetzell a. a. O. p. 225.

2) A. a. O. p. 227.

3) Die Frage, ob die *cl. doli* genüge, die *exceptio doli* zu ersetzen, wird hier von Wetzell (p. 225.) ganz unnützer Weise herein gezogen. Hier handelt es sich nur um die Modalitäten der Restitution. vgl. auch L. 58. D. H. P. (5. 3.)

Gesichtspunkt einer Strafe festgehalten werden, die sich mit einem reinen *bonae fidei iudicium* doch nur schlecht vereinigen lassen möchte.¹⁾

Werfen wir zum Schluss noch einen Blick auf den quellenmässigen Beweis, den uns Wetzell²⁾ für die Begründung der Verantwortlichkeit des *dolo desinens possidere* durch die *cl. doli* beibringt, so liegt in demselben die *petitio principii* auf der Hand. L. 1. §. ult. L. 2. 3. D. *si cui plus quam per leg. Falc.* (35. 3.) sagt allerdings, dass die Clausel den *dolo desinens possidere* binde; allein, will man hiervon die Anwendung auf die Vindication machen, so ist dazu wiederum erst die Voraussetzung nöthig, dieselbe gründe sich auf die *stip. jud. solv.*

3) Die Haftung für die Deteriorationen der Streitsache³⁾. Die dritte Wirkung der *clausula doli* soll sich nach der Ansicht unserer Gegner in der dem Verklagten obliegenden Verbindlichkeit zeigen, für alle Verschlechterungen der Hauptsache aufzukommen. Zum Beweise wird hier zweierlei angeführt. Das eine ist ein Argument aus der Natur der Sache und kehrt im Wesentlichen auf den vorigen Fall als seine Grundlage zurück. Sowohl jener als der vorliegende sollen auf demselben Principe beruhen. Dort handle es sich unter Umständen um die Vernichtung des Ganzen, hier um die eines Theiles, was von dem einen müsse also auch von dem anderen gelten. In dieser Beziehung sind also wir berechtigt, einfach auf unsere obige Ausführung zu verweisen. — Das zweite Argument ist positiverer Natur; die Analogie der *stipulatio usufructuaria*. Das Maas für das Verhalten des Usufructuars bilde gleichwie für das des Besitzers⁴⁾ die Gewohnheit des Eigenthümers oder Erblassers. Sie enthalte wie die *cautio jud. solvi* die *clausula doli*⁵⁾ und gerade darauf, dass cavirt sei, *se boni viri arbitrato usurum*⁶⁾, werde die Verpflichtung des Usufructuars, jede durch seine Nachlässigkeit entstandene Deterioration zu ersetzen, gestützt. So liege der Schluss nahe, dass auch bei der Vindication die gleiche Erscheinung dieselbe Ursache habe⁷⁾. Allein dies kann ebensowenig bewei-

1) Dass das *arbitrium* dagegen nicht ungeeignet ist, einer solchen pönalen Richtung Raum zu geben, zeigt u. A. das *arbitrium, si vindiciam falsam tulerit*.

2) A. a. O. p. 220.

3) Vgl. das. §. 31. p. 240—246.

4) L. 54. §. 2. D. L. 31. §. 3. D. de H. P.

5) L. 5. usufr. quemadm. cav. (7. 9.)

6) L. 13. §. 1. D. de usufr. (7. 1.)

7) A. a. O. p. 241. 242.

sen. Wenn die *cl. doli* gewisse Wirkungen hat, so ist damit ja noch nicht gesagt, dass dieselben in keiner anderen Weise herbeizuführen seien. Ja, ist nicht schon in den Worten der Vindicationsformel völlig dafür gesorgt, wofür dort die Caution verlangt wird? Heisst es hier nicht ohne diess „*neque eam (rem) Ns. Ns. Ao. Ao. arbitrato tuo restituet*¹⁾“? Dem *officium* des Richters d. h. dem *arbitrator boni viri* entspricht es nun aber, dass mit der Sache selbst auch deren *causa* restituirt werde, oder mit den Worten der L. 35. D. de V. 5. (50. 16.) die *causa, quam is (actor) habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset*²⁾. Es ist diess eine besondere Anwendung eines allgemeinen processualischen Grundsatzes, (vgl. v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 256.), nichts weiter, und in Uebereinstimmung damit stellen unsere Quellen das Verhältniss so dar, als ob diess alles schon in dem Worte *restituere* selbst liege, und vermöge der juristischen Interpretation darin gefunden werde, ohne dass es weiterer Veranstaltungen hierzu bedürfe. *Et tota restitutio*, heisst es in L. ult. §. 1. D. de V. S. — *juris est interpretatio*³⁾. Für die Aufnahme des *dolus praeteritus* ist diess noch ausserdem bezeugt (L. 27. §. 3. D. R. V.). Zu einer solchen *juris interpretatio* nun sollte der nicht befugt gewesen sein, der mit der Arbitration der Restitution beauftragt war?

Nach dem obigen Fragment ist nun der Zustand der Sache zur Zeit der Litiscontestation für die Beurtheilung etwaiger Schadenzufügung entscheidend. Noch weiter geht die Verpflichtung des Besitzers im schlechten Glauben, er muss auch für die vor der Constituirung des Judiciums veranlassten Beschädigungen aufkommen⁴⁾, und nach derselben sogar für den Zufall⁵⁾ eintreten. Auch hier tritt wieder die Litiscontestation als der bestimmende Moment für die einzelnen Verbindlichkeiten hervor, während es nach dem oben Gesagten die Interposition der Stipulation sein müsste, wonach dieselben sich zu richten hätten, wäre eben diese die Grundlage der Vindicationsklage. —

Es ist hier aber noch einer Erscheinung zu gedenken, welche Wetzell aus dieser Annahme erklärt. Die Deteriorationen können

1) Vgl. Keller, Civ.-Proc. §. 28. p. 114.

2) L. 75. 246. §. 1. D. V. S. L. 13. 20. D. de R. V. L. 40. H. P. vgl. Glück, Comm. Bd. VIII. p. 220. Wetzell p. 171—173.

3) Vgl. hierüber Schmidt, Interd. p. 45. f.

4) L. 45. D. de R. V. v. Savigny, Bd. VI. p. 167. ff. s. auch Glück, Comm. Bd. VIII. p. 233. 234.

5) L. 40. pr. H. P. vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. VI. p. 177—179. 187. ff.

möglicher Weise durch ein Delict entstanden sein, wo dann dem Eigenthümer neben der Vindication auch die Delictsklage zusteht. Will er nun aber mit der ersteren sein Interesse erhalten, so muss er auf die Anstellung der letzteren verzichten.

L. 13. D. de R. V. *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debet. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui; utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus, quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitozem oportere, lege Aquilia non acturum; quae sententia vera est.* (Ulp. Lib. XVI. ad Ed.)

L. 14. D. eod. *Quodsi malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed duplum consequatur.* (Paull. Lib. 21. ad. Ed.)

L. 15. D. eod. *Item si verberatum tradidit, Labeo ait, etiam injuriarum competere actionem petitori.* (Ulp. Lib. XVI. ad. Ed.)

Hierin, meint Wetzell¹⁾, müsse zweierlei auffallen, einmal, dass es eines besonderen Verzichtes bedürfe, um die concurrirende Klage zu beseitigen, da ausserdem die blosser Zahlung dazu genüge²⁾; und zweitens, dass jener Verzicht auf die Delictsklage unbedingt gefordert werde, ohne Rücksicht auf deren etwaigen weiteren Umfang, während sonst unerachtet der obwaltenden Concurrenz immer noch auf den Ueberschuss geklagt werden könne³⁾. Es genüge nun auch nicht, mit Savigny darauf zu verweisen, dass regelmässig der Inhalt der Eigenthums- und Delictsklage sich hier decken, und die eine keinen grösseren Ertrag als die andere geben werde, und dass man bei der gegebenen Entscheidung ausschliesslich jenen regelmässigen Fall im Auge gehabt habe. Der Verzicht auf die concurrirende Klage bleibe nämlich bei dieser Erklärung völlig unberücksichtigt. Die Sache verhalte sich nun aber also. Jenes ausdrücklichen Verzichtes geschehe noch bei drei anderen Gelegenheiten Erwähnung. Habe der Besitzer einen Erbschaftssclaven getödtet, ehe

1) A. a. O. p. 242—46.

2) Wetzell führt dafür an: L. 5. §. 10. L. 7. §. 1. D. commod. L. 28. D. de A. E. V. L. 43. 47. D. pro socio. L. 34. §. 2. D. O. et A.

3) Dies beweisen u. A. die Not. 2. citirten Stellen.

noch die Erbschaft angetreten war, so unterliege er sowohl der Erbschaftsklage als *juris possessor*, wie auch der *actio legis Aquiliae*¹⁾. Gegen den Dieb stehe neben der Vindication dem Eigenthümer auch die *Condictio furtiva* zu²⁾. Der Pupill endlich, der ohne *tutoris auctoritas* „*rem salvam fore*“ stipulirte, auch nach erreichter Pubertät diese Stipulation nicht ratihabirte, und dadurch die *actio tutelae* novirte, habe zwischen dieser und der Stipulationsklage die Wahl³⁾. Verlange hier der Kläger die Condemnation des Beklagten in der Erbschafts-, Eigenthums- oder Vormundschaftsklage, so müsse er dem concurrirenden Rechtsmittel entsagen. — Gemeinsam sei allen diesen Fällen, dass eine bestehende Obligation ohne die Absicht der Novation und daher ohne Tilgung der älteren Obligation in eine Stipulation aufgenommen werde, sei dies nun die *stip. rem pupilli salvam fore* oder die *stip. jud. solvi*. Ebenso wenig aber als der Gläubiger seine alte Forderung aufzugeben Willens sei, habe nun der Schuldner seinerseits sich doppelt verpflichten wollen. Deshalb entspreche es denn der Billigkeit, von dem Kläger zu verlangen, dass er vor der Verwirklichung der Stipulation durch des Beklagten Verurtheilung zwischen der alten und neuen Forderung wähle, und wenn er bei der letzteren beharrt, auf jene verzichte. Nunmehr sei eine wahre Novation vorhanden, und deshalb auch die Geltendmachung der alten Forderung selbst auf den Ueberschuss ausgeschlossen. Aus der ursprünglichen Solidarität der beiden Forderungen sei man also dahin gekommen, dieselbe zu alternativen zu machen und den Kläger zur Wahl der einen und der Entsagung auf die andere zu nöthigen. — Die Function des Verzichtes wäre also gerade die gewesen, die Nachforderung dessen, was durch die eine Klage mehr als durch die andere zu erreichen war, auszuschliessen, denn für den Rest reichte die blosse Concurrenz aus; und die Voraussetzung einer solchen Nöthigung eine Stipulation auf den Inhalt, oder richtiger gesagt, den Hauptinhalt einer schon vorher bestehenden Verbindlichkeit, jedoch ohne die Absicht einer Novation auf der Seite des Klägers oder einer abermaligen Verpflichtung von Seiten des Beklagten. —

(Wir haben nun aber Beispiele genug, dass sich jene Erscheinung wiederholt, unerachtet die nach Wetzell nothwendige Voraussetzung nicht zutrifft. Dahin rechnen wir schon ein Fragment, des-

1) L. 36. §. 2. D. de H. P. (5. 3.)

2) L. 9. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

3) L. 9. pr. D. de novat. (46. 3.)

sen unser Gegner sich gleichfalls bedient¹⁾, aber freilich als Belag dafür dass die concurrirende Klage ohne weiteres erlösche, sobald aus der anderen dem Kläger seine Befriedigung geworden. Es ist dies:

L. 7. §. 1. D. commod. (13. 6.) — *si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem, nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est.* (Ulp. Lib. 28. ad Ed.)

Wetzell muss hier das *commodati agendo* übersetzen mit „dadurch, dass er die Commodatsklage anstellt“, wenn diese Stelle den von ihm verlangten Sinn haben soll. Gegen eine solche Uebersetzung sprechen nun aber verschiedene Gründe. Einmal, dass wir gleich nachher dem *agendo* in einer Verbindung begegnen, wo es nur höchst gezwungen die Ursache des *minus consequi*, sondern vielmehr die Gelegenheit, wobei dasselbe eintreten soll, bezeichnet. Wir übersetzen daher, „es müsste denn Jemand sagen, er solle, wenn er die Aquilische Klage anstellt, um so viel weniger erlangen“ und glauben, dass auch das erstere *agendo* in gleicher Weise wiederzugeben ist. Ferner wird an einer Anzahl anderer Stellen gerade das „*remittere actionem*“ für die Ableistung der Caution gesetzt²⁾. Endlich deutet der Ausdruck „*aequissimum erit*“ ziemlich vernehmlich darauf hin, dass es auch andere Wege gebe, zu demselben Resultate zu kommen, und dass der vorgeschlagene allerdings der vorzüglichere sei. Das kann nun wohl von der Caution, nicht aber von der Wirkung der Concurrenz gesagt werden, die dadurch selbst in Zweifel gezogen werden würde. Unzweifelhafter noch sind folgende Fragmente:

L. 28. §. 5. D. loc. cond. (19. 2.) *Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam; sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut caeteras actiones locator omittat.* (Gaius Lib. X. ad Ed. prov.)

L. 43. eod. *Si vulneraveris servum tibi locatum ejus-*

1) Vgl. oben p. 174. Not. 2.

2) S. L. 13. D. R. V. (6. 1.) L. 9. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) L. 28. §. 5. L. 43. D. loc. cond. (19. 2.) Ueber den oben bemerkten Gebrauch des Gerundiums. vgl. L. 28. D. de proc. (3. 3.) L. 1. §. 3. D. de peric. et comm. (18. 6.)

dem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est; sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agitur (Paull. Lib. 21. ad Ed.)

In allen diesen Fällen, ist an eine Stipulation, wie sie Wetzell als die Veranlassung jener Eigenthümlichkeit darstellt, gewiss nicht zu denken. Es liegt also nahe genug, den Grund jener Erscheinung überhaupt irgendwo anders zu suchen — wenigstens muss das als feststehend angenommen werden, dass dieselbe nicht ausschliesslich aus einer solchen Stipulation zu erklären, und darum ihr Vorkommen nichts für die Existenz der letzteren zu beweisen im Stande ist, worauf es uns hier zunächst ankommt. Savigny klärt uns nun hierüber dadurch auf, dass er die Stellen, die von einer unbedingten Beseitigung der *actio legis Aquiliae* durch die Eigenthumsklage reden, auf den gewöhnlichen Fall bezieht, wo mit der einen nicht mehr als mit der anderen zu erlangen ist. Eine Annahme, die sicher um so weniger Bedenken erregen kann, als bei den Römischen Juristen selbst die Zuständigkeit der aquilischen Klage unter solchen Verhältnissen nicht ausser allem Zweifel war¹⁾. Wie aber ist es mit der Caution? Es ist zuvörderst ein ungegründeter Vorwurf Wetzells gegen Savigny, wenn er sagt, dieser nehme auf sie keine Rücksicht. Im §. 236. p. 261. heisst es wörtlich also: „In der Anwendung dieses Grundsatzes (*bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*) findet sich folgender in der allgemeinen Natur der Klagen gegründeter Unterschied. Wenn die noch übrige Klage zu den strengen Klagen gehörte, so musste die Exception in der Formel ausgedrückt sein, damit sie der Judex berücksichtigen durfte; war es dagegen eine freie Klage, so war die Aufnahme der Exception zwar auch zulässig, auch stets sicherer, aber nicht nothwendig, indem der Arbiter auch die nicht ausgedrückte Exception beachten durfte und musste.“ Und ferner p. 262. „Wenn in den Fällen einer solchen Concurrenz die freie Klage zuerst angestellt wurde, so entstand die Gefahr, dass bei der künftigen Anstellung der strengen Klage die Exception vergessen und dadurch das Princip der *aequitas* verletzt werden möchte. Deswegen wurde von den alten Juristen der Arbiter angewiesen, gleich bei der freien Klage nicht eher zu condemniren als bis der Kläger auf die noch übrige strenge Klage verzichtete.“ — An der Berücksichtigung jenes Verzichtes und der darauf bezüglichen Caution fehlt es hier also nicht. Es ist aber auch die

1) L. 7. §. 1. D. commod. (13. 6.) L. 34. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.)

hier gegebene Erklärung bei weitem in sich zusammenhängender und consequenter als der Wetzellsche Versuch. Dort ist bald von einer Novation, bald von einer *cautio, se non acturum lege Aquilia* die Rede. Beides aber sind verschiedene Dinge, trat die erstere ein, so war die letztere unnöthig. Und so ist denn auch unseres Erachtens die von ihm gegebene Auslegung der L. 9. pr. D. de novat. (46. 3.) verfehlt. Abgesehen davon, dass für eine nachträgliche Novation hier unbedingt kein Raum ist, dass auch von einer Caution nicht gesprochen wird, sondern von einer Acceptilation — *non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret* — so ist die Erforderlichkeit eines solchen Hilfsmittels von seinem Standpunkte aus nicht abzusehen. Die *stipulatio rem salvam fore pupilli* ist keinesweges umfassender als die *actio tutelae* ¹⁾, sondern höchstens enger ²⁾, so dass die Nöthigung des Klägers, wenn er die letztere anstellt, auf die andere vollständig zu verzichten, schon in der Natur der Sache, nicht erst durch das *officium judicis* begründet wird ³⁾. — Höchstens könnte man hier fragen, wie es denn nun wohl komme, dass man zu dem durchgreifenderen Mittel, die concurrirende Klage vollständig aufzuheben, nicht bloss durch eine *stipulatio de non petendo* unwirksam zu machen, gegriffen habe? Eine andere Antwort können wir nun hierauf auch nicht geben, als die, dass es jedenfalls einfacher war, eine solche Caution zu bestellen, als auf dem Umwege der *stipulatio Aquiliana* die Acceptilation erst vorzubereiten, womit es denn stimmt, dass wir die letztere gerade bei einer *verborum obligatio* erwähnt finden.

1) L. 4. §. 6. D. rem. pup. (46. 6.)

2) L. 4. §. 3. D. eod.

3) Cujacius, dem Wetzell eine der seinen ähnliche Erklärung von L. 36. §. 2. D. H. P. zuschreibt (p. 246. Not.) sagt etwas völlig Anderes. Er begründet die Nothwendigkeit einer Wahl zwischen den zwei Klagen in folgender Weise — *quia scilicet in locum actionis ex lege Aquilia petitio hereditatis succedit, aliter atque si ex uno eodemque facto commodati sit actio et legis Aquiliae*. Dies soll nun aber nicht so viel heissen: durch die *cautio, se non acturum l. A.* novirt der Kläger die Delictsobligation, indem er sie in die *st. j. s.* überträgt, sondern: die Erbschaftsklage und die andere haben hier ganz den gleichen Umfang, da die erstere gegen einen *juris possessor* angestellt wird, während bei der *actio commodati* diese Coincidenz keinesweges nothwendig ist. Also auch von dem Falle der L. 36. §. 2. H. P. gilt dasselbe, was im Texte von dem der L. 9. pr. D. de novat. nachgewiesen ist. (vgl. auch Wetzell a. a. O. p. 141. 142.)

4) Præstatio der Früchte¹⁾. Auch diese soll zum Theil auf der *clausula doli* beruhen. Zum Theil nur, denn die zur Zeit des Judicats noch im Besitze des Beklagten befindlichen Früchte sind nach Wetzell²⁾ als Accessionen der Hauptsache Gegenstand der *clausula judicatum solvi*, wogegen die *fructus consumti* oder *percipiendi* oder die durch Zufall untergegangenen Früchte aus der *cl. doli* prästirt werden, so weit nämlich der Besitzer überhaupt für sie aufzukommen hat. Der hierfür gelieferte positive Beweis besteht nun darin, dass, wie sich theils aus der Natur der Früchte als Accessionen der Hauptsache, theils aus dem in einzelnen Entscheidungen unserer Quellen erkennbaren Principe ergebe, dieselbe Sorgfalt wie auf das Streitobject auch auf die Früchte zu verwenden sei, und derselbe Grund, aus dem jene erfordert werde, auch für jede Nachlässigkeit bei der Bewahrung und Erzielung der letzteren haftbar mache³⁾. Die ganze Argumentation erstreckt sich also nicht über die bereits von uns durchgesprochenen Verpflichtungen in Betreff der Hauptsache hinaus, weshalb wir auf das oben Gesagte einfach verweisen. Im übrigen haben wir hier nur wenig zu bemerken. Zwar ist keine Lehre des Römischen Rechtes vielleicht so bestritten als die von dem Ersatz der Früchte in der Eigenthums- und Erbschaftsklage, allein streitig ist hier doch mehr nur die Höhe der Verpflichtung der einzelnen Besitzer, ein Punkt, der, wie schon bemerkt, für unsere Untersuchung um deswillen irrelevant ist, weil es sich dabei nur um die Wirkung der *bona fides*, nicht aber um ihren Entstehungsgrund handelt. Dagegen herrscht unseres Wissens darüber volle Uebereinstimmung, dass abgesehen von dem *dolus praeteritus* die Litiscontestatio der Zeitpunkt ist, mit welchem strengere Verpflichtungen für den Beklagten anheben. Auch in dieser Beziehung haben wir hier nichts weiter hinzuzufügen. — Nur eine Bemerkung haben wir hierüber zu machen. Nach Wetzell soll die Præstatio der Früchte, je nachdem sie noch existiren oder nicht, auf ganz verschiedenen Principien beruhen. Davon enthalten nun aber unsere Quellen keine Spur. Einige wenige Zeugnisse mögen hierüber genügen.

L. 22. C. de R. V. (3. 32.) *Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes, post autem litis conte-*

1) A. a. O. §. 32. p. 246—259.

2) ebenda p. 247. p. 163. ff.

3) Ebenda p. 249.

stationem universos (Diocl. et Maxim. Dat. III. Cal. Nov. Caess. Conss.)

L. 35. §. 1. D. eod. *Ubi autem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit, meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare. Eodem enim errore et de fructibus condemnaturum; non debere enim lucro possessoris cedere fructus, quum victus sit, alioquin ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui* (Paull. Lib. 21. ad Ed.)

§. 2. I. de off. jud. (4. 17.) *Et si in rem actum sit, sive contra petito rem judicaverit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus.*

An allen diesen Stellen wird die accessorische Qualität der Früchte zum Grunde ihrer Restitution mit der Hauptsache gemacht, ohne auch nur im Entferntesten anzudeuten, dass in manchen Fällen dieser Grund unmittelbar, in anderen nur mittelbar wirke, so weit er nämlich die Ausdehnung der *cl. doli* auf die Früchte herbeiführe; ebensowenig wird darauf hingewiesen, dass das *officium judicis* bald in Folge der Clausel, bald unabhängig von dieser in Wirksamkeit gesetzt werde. Höchstens könnte man dieses Stillschweigen — welches man den Compilatoren bei so deutlichen Zeugnissen aus der klassischen Periode nicht wird aufbürden können, — dadurch erklären, dass, wie dies oben in Betreff des *dolus praeteritus* weiter ausgeführt ist, so auch hier die über die Litiscontestation oder Interposition der Stipulation hinausliegenden Verpflichtungen durch die letztere zusammengefasst würden. Allein so würde es sich denn doch wieder fragen, wo nun der Ursprung jener Verpflichtungen zu suchen sei, worauf sich schwerlich eine so leichte Antwort finden lassen dürfte, als es dort möglich war. Diese Auffassung findet sich nun übrigens auch bei Wetzell¹⁾. Er leitet aus ihr den Satz ab: *fructus hereditatem augent ante litem contestatam*²⁾. Die *stip. jud. solv.*, sagt er, fasse alle bisherigen Verpflichtungen des Besitzers zu einem Ganzen zusammen; darum vermehren die Früchte nach der LC. die Erbschaft nicht mehr in der Weise, dass sie Theile derselben wurden, welche selbst wieder fruchtzeugende Kraft besäßen,

1) A. a. O. p. 257. Die höchst gezwungene Deutung, welche unser Autor p. 175. der L. 16. pr. D. de R. V. giebt, ist übrigens nicht einmal von seinem Standpunkte aus geboten. Aber allerdings ginge ihm dann ein Beweis dafür verloren, dass die *cl. jud. solv.* die *fructus exstantes* umfasse. 2) L. 20. §. 3. L. 51. §. 1. D. de H. P. (5. 3.)

sondern erschienen nur noch als Accessionen der Hauptleistung. Dies ist aber nicht minder durch den Eintritt der LC. selbst zu erklären. Niemand kann über ein Streitobject einen Process beginnen, welches noch nicht existirt ¹⁾. Und dass gerade die LC. es war welche diese Wirkung äusserte, zeigt uns der Umstand, dass an ihre Eingehung, nicht an die der Stipulation sich jene Wirkung der Zeit nach anknüpft.

Die Aufgabe unserer bisherigen Darstellung war die, zu zeigen, wie die der *cl. doli* beigelegten Wirkungen, auch ohne zu einem solchen Hülfsmittel zu greifen, schon aus dem *officium judicis*, welches diesem in dem ihm übertragenen *arbitratus* zuertheilt ist, mit Nothwendigkeit folgen. Wir haben gesehen, wie nun auch in unseren positiven Quellen überall auf das *officium judicis* als den Ursprung jener einzelnen Erscheinungen zurückgegangen wird; wir haben gesehen, in welcher Weise dies *officium* begrenzt ist, und wie die Manifestationen desselben noch innerhalb der ihm gesteckten Grenzen liegen, also auch ihre innere Erklärung aus demselben erhalten. Die Beurtheilung der Höhe und des Umfangs, sagten wir, in welchem die Restitution des Processobjectes erfolgen soll, bleibe ausschliesslich dem richterlichen Ermessen überlassen. Dass die Condemnation wegen der Früchte und Beschädigungen der Streitsache unter diesen Gesichtspunkt fällt, braucht kaum erwähnt zu werden. Dass aber auch die Haftung der *ficti possessores* auf dem gleichen Principe beruht, ist bereits oben nachgewiesen und erklärt sich einfach aus der Betrachtung, dass man billiger Weise von Niemandem eine Restitution verlangen kann, der factisch dazu nicht im Stande ist; hier zu absolviren, erlaubte dem Richter aber die Anweisung, erst dann zu verurtheilen, wenn nicht die Restitution nach seinem Gutbefinden erfolgt sei; er konnte diese also auch ganz erlassen. So erhielt er denn die Beurtheilung der factischen Voraussetzungen der Restitution völlig in die Hand und konnte, wenn er es für billig hielt zu condemniren, obgleich der Besitz dem Beklagten für den Augenblick fehlte, unbeschadet seines Auftrages die Verurtheilung aussprechen. Hierdurch empfing aber die Zulässigkeit der ganzen Klage gegen den Nichtbesitzer einen mehr pönalen Character ²⁾, der sich auch in verschiedenen Einzelheiten zeigt und über die eigentliche Tragweite der *bonae fidei actiones* unbedingt hinausgeht ³⁾,

1) Vgl. oben p. 63.

2) Vgl. v. Vangerow, Pand. §. 332. p. 735. Glück, Comm. Bd. VII. p. 530. ff.

3) Vgl. auch noch oben p. 169. ff.

wogegen in der Bemessung des Umfangs, bis zu welchem die Restitution erfolgen solle, ein anderer von einem solchen pönalen Zusatz freier Grundgedanke sich ausspricht, es solle dem Kläger alles werden, was er gehabt hätte, wenn ihm gleich beim Beginne des Processes restituirt worden wäre. Eine Maxime, die in den Rechtsquellen in allgemeiner Fassung ¹⁾ wie in speciellen Anwendungen ²⁾ oft genug ausgesprochen wird. Diesem letzteren Gesichtspunkte nun kann Wetzell bei seiner Anschauung sein volles Recht nicht widerfahren lassen. Er muss überall in der Verurtheilung des Beklagten nur den Ersatz für seinen Dolus finden, überall von dem Verhalten desselben ausgehen. Deshalb vermag er auch nicht die Wahrheit jener Regel anzuerkennen; glücklich, sagt er ³⁾, sei der Ausdruck derselben keineswegs zu nennen; practisches Missverständniss würde eher vermieden sein, wenn man sich mit Mauricianus ⁴⁾ ausgedrückt hätte, der Besitzer müsse das restituiren, was er nicht gehabt, wenn er sofort restituirt hätte. Insofern hierbei die Beziehung auf den Beklagten zum leitenden Principe für den Umfang der Restitution gemacht wird — was Mauricianus allerdings nicht thut, wohl aber Wetzell, indem er diese Fassung der obigen gegenüberstellt — wird darin eine vollständige Negirung der Vindication als einer dinglichen Klage ausgesprochen. — Unser Ergebniss liegt also in folgendem Satze: Um die einzelnen Erscheinungen zu erklären, welche die Vindication mit den freien Klagen gemein hat, bedürfen wir weder der *clausula doli*, noch reicht diese zu solchem Zwecke aus; vielmehr ist jeder derartige Versuch nur geeignet, den richtigen Gesichtspunkt für die Beurtheilung unserer Klage zu verrücken und ihre innere Einheit zu stören. Was ist also der Zweck der Clausel? Wir antworten einfach ein doppelter. Sie wirkt einmal auf die andern Clauseln zurück, und lässt den Inhalt der ganzen Stipulation einer freieren Beurtheilung unterworfen sein, sie giebt zweitens durch ihr selbständiges Verfallen dem Kläger ein eigenes Rechtsmittel gegen den von dem Beklagten verübten Dolus. — Eines weiteren Beweises hierfür wird es nicht bedürfen — einzelne Anwendungen haben wir überdies oben kennen gelernt — da diese Wirkung der Clausel im

1) S. oben p. 173. Not. 2.

2) Vgl. z. B. L. 15. §. 3. D. R. V. L. 40. pr. D. H. P. vgl. v. Savigny, Syst. Bd. VI. p. 184. ff. Damit vertragen sich einzelne Ausnahmen wohl, denn eine bloss logische Anwendung des Satzes ist sicher nicht beabsichtigt.

3) A. a. O. p. 174.

4) L. 35. §. 1. D. de R. V.

Allgemeinen nicht bezweifelt ist, und es sich nur darum handelte, ob ihre Spuren auch im Vindicationsprocesse anzuerkennen seien oder nicht. Da nun nach der bisherigen Darstellung der gegen die Sache selbst gerichtete Dolus schon in der *cl. ob rem jud.* seine Berücksichtigung findet, da ferner auch die *cl. doli* nur deshalb interponirt ist, *ut res judicari possit*, so kann sie sich auch nur auf die Processführung des Beklagten beziehen ¹⁾. Dem widerspricht denn auch das in L. 39. D. de dol. mal. (4. 3.) gegebene Beispiel wenigstens nicht, wenn gleich zufällig das dort berührte Verhältniss schon in dem Vindicationsprocesse selbst hätte erledigt werden sollen. Gegen Donellus (vgl. oben p. 147. f.) mag hier endlich noch an den Unterschied einer dolosen Processführung und des „*dolo malo perperam judicari*“ erinnert werden.

IV. Die Theilbarkeit der stipulatio judicatum solvi²⁾.

Um unsere Aufgabe vollständig zu erschöpfen, mag es uns noch erlaubt sein, einige Augenblicke bei der Erklärung einer Stelle zu verweilen, in welcher die Interpreten, und vor Allen Wetzell, unnöthiger Weise Schwierigkeiten gesucht und gefunden haben. Sie behandelt die verschiedenen rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Succession mehrerer Erben an Stelle des Promissor oder Stipulator Judicatum solvi eintreten können, und fällt um deswillen unmittelbar in den Kreis unserer Besprechung, weil der genannte Autor auch bei ihrer Auslegung von dem Grundgedanken ausgeht, es handle sich hier nicht sowohl um die Theilung einer Stipulation als eines auf diese gegründeten Processes unter die mehreren Erben. Es ist:

L. 2. §. 2. D. de praet. stip. (46. 5.) *Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his similes;*

1) A. m. ist Glück. Comm. Bd. I. zu Buch II. tit. 8. §. 244.

2) S. Wetzell a. a. O. §. 33. p. 260—270. Schlayer a. a. O. §. 24. p. 252 — 256.

in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendente a defuncto stipulationem diversam conditionem cujusque facere; at in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente in partem ejus committatur stipulatio; hoc enim facere verba stipulationis: quanti ea res est. Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in solidum eum damnandum Julianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores, an omnino teneantur, dubitari potest; et videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est. (Paull. Lib. 73. ad Ed.)

Der Gedankengang des Juristen ist folgender: Stipulationen auf eine *incerta quantitas* und darum auch die *stip. jud. solv.* u. s. w. theilen sich unter die Personen der Erben so activ wie passiv. Ein Zweifel dagegen könnte nur in sofern entstehen, als man sich darauf berufen möchte, dass die Lage des Stipulators durch den Tod seines Schuldners und die Nachfolge von dessen Erben nicht verschlimmert werden darf. Wogegen umgekehrt, wenn einer der Erben des Stipulators in der Klage obsiegt, in aller Weise die Stipulation nur zu seinem Theile verfällt, denn nur so weit reicht sein Interesse. — Soweit zuvörderst Paullus. — Vor allen Dingen ist hier eine Interpretation zu beseitigen, welche zwar schon von der Glosse¹⁾ verworfen wird, aber nichts desto weniger auch später noch wiederholt auftaucht²⁾. Man hat nämlich geglaubt, es enthalte der durch „*quamvis possit dici*“ eingeführte Satz eine Beschränkung der allgemeinen Behauptung „*scindi eas in personas heredum*“ nicht bloss einen Zweifelsgrund dagegen. Dazu passt nun aber weder die Verbindung durch *quamvis*, noch der mit dem „*contrarium*“ ausgedrückte Gegensatz, der nur das „*summa ratione fieri*“ einem „*non summa r. f.*“ gegenüberstellt, noch auch die sonst deutlich genug ausgesprochene Meinung des Paullus:

L. 4. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) *Titium heredemque ejus ratum habiturum? — hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo*

1) Glossa. Diversam ad L. 2. D. de stip. praet.

2) Vgl. Cujacius, Recit. solemn. ad Lib. 73. Paull. ad Ed. h. 1; s. auch Donellus, Comm. j. civ. XVIII. 14. §. 19.

fuert petitem; idque et Marcello videtur; quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. (Paull. Lib. XII. ad Sabin). ¹⁾

Was hier von der *stip. rati* gesagt wird, muss natürlich auch von der *stip. jud. solv.* ebenso gelten. Eine Erklärung, wie sie Cujacius von dem „*scindi in personas heredum*“ a. a. O. giebt, es wolle für die Erben des Promissor nur sagen, dass, wenn auch die Stipulation nicht *pro parte* verfallen könne, die Einforderung des Interesses von Jedem doch nur *pro parte hereditaria* zulässig sei, eine solche Erklärung wird an unserer Stelle schon durch den Wortlaut derselben unmöglich gemacht. — Was aber, fragen wir weiter, waren die Zweifels-, was die Entscheidungsgründe für die ganze Erörterung, welche Paullus hier anstellt?

Als Stipulation, welche von vorn herein auf eine Geldquantität gestellt ist, müsste unsere Stipulation unbedingt theilbar sein, und jeder der Erben aus ihr nach Massgabe seines Erbtheils berechtigt und verpflichtet werden ²⁾, als bedingte Poenalsponsion dagegen muss sie bei jeder auch nur theilweisen Verletzung der Bedingung in ihrem vollen Umfange verfallen ³⁾, denn die Bedingung ist ja in Wahrheit nicht erfüllt worden. Hiervon, meint man, machen nun die prätorischen Stipulationen vermöge der bei ihnen eintretenden besonderen Interpretation eine Ausnahme ⁴⁾. Uns scheint, mit Unrecht. Der Umfang, in welchem die Stipulation committirt wird, ist durchaus den allgemeinen Regeln gemäss. Das Interesse verfällt wirklich vollständig, nicht bloss zum Theil. Insofern nun dasselbe das eigentlich *in obligatione* Befindliche ist, sollte es sich activ und passiv unter die einzelnen Erben *pro parte hereditaria* vertheilen. Hierin treten aller-

1) Wenn in L. 18. D. *ratam rem hab.* (46. 8.) eine theilweise *ratihabitio* für möglich gehalten wird, so ist die Frage, wie beide Fragmente mit einander zu vereinigen seien, ausserhalb des Kreises unserer Besprechung. Hier wenigstens geht Paullus ebenso wie bei dem „*quamvis possit dici*“ von der Voraussetzung der Unmöglichkeit einer theilweisen Ratihabition aus.

2) Vgl. L. 2. §. 2. D. de *stip. praet.*, wo das „*scindi in personas heredum*“ gerade dadurch begründet wird, dass die Stipulationen eine *incerta quantitas* enthalten.

3) L. 25. §. 13. D. *fam. erc.* (10. 2.) L. 5. §. 3. L. 85. §. 6. D. de V. O. (45. 1.) v. Savigny, *Obl.-Recht* Bd. I. p. 326. ff.

4) So auch Wetzell a. a. O. p. 266. Ribbentrop a. a. O. p. 215—217. de Scheurl. *Comment. ad L. 2. 3. 4. 72. 85. D. de V. O.* Erlangae 1835. p. 77. 83. ff. S. dagegen schon v. Savigny a. a. O. p. 375. ff.

dings erhebliche Abweichungen ein. Davon verstehen wir auch ausschliesslich die Stelle, welche gemeiniglich zum Beweise dafür angeführt wird, dass bei den prätorischen Cautionen das Object der Leistung sich nach anderen Grundsätzen bestimme als bei den conventionalen Poenalstipulationen.

L. 32. §. 2. D. ad leg. Falc. (35. 2.) *Julianus scribit, si utriusque heredis pars exhausta est legatis, et alter ex heredibus cautionem praetoriam accepit a legatariis, non aequaliter, sed pro suo modo legis Falcidiaae rationem et actionem ex stipulatu habiturum, omnes enim praetorias stipulationes ejusdem interpretationis esse; nam constare ex judicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris, sive a rei plures heredes existissent, non omnibus, nec adversus omnes actionem contingere, sed duntaxat his, qui vicissent, et adversus victos, hisque, adversus quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent (Maecian. lib. 9. fideic.)*

Nach der Ansicht der meisten Interpreten ¹⁾, nämlich heisst „*non aequaliter sed pro suo modo*“ so viel als „nicht *pro parte virili*, (also hier, wo von zwei Erben die Rede ist, zur Hälfte), sondern *pro parte hereditaria*; es würde sich also um nichts als um den Umfang handeln, zu welchem die Stipulation verfalle. Uns scheint diese Auslegung zu eng. Schon sprachlich kann „*pro suo modo*“ nicht wohl auf die Person des Erben bezogen werden, sondern ist neutral zu fassen, wo dann sowohl dieser Ausdruck als das *aequaliter* zunächst und vorzugsweise auf die Art hindeuten, wie die Caution gegen die einzelnen Legatarien geltend gemacht werden soll; erst dass hier von zwei Erben gesprochen wird, beweist, wie jene Worte auch auf die Ansprüche des Stipulators zu beziehen sind. Ferner zeigt auch der Umstand, dass im Folgenden sowohl die Erben des *reus*, als die des *actor* genannt werden, wie auch in der ersten Hälfte des Fragmentes es dem Juristen nicht minder darauf ankam, die Verbindlichkeit der Legatare, als die Berechtigung des Erben zu bestimmen. Was die ersteren anlangt, steht also nur die Frage zur Beantwortung, wie sich das Object der Stipulation auf die einzelnen Personen vertheile. Wir sind hierbei von der Annahme ausgegangen, dass die verschiedenen Legatare dem Erben zusammen jene Stipulation geleistet haben, wofür sowohl der Singular „*cautionem prae-*

1) Vgl. Wetzell a. a. O. p. 264. 265. So schon die Glosse ad h. l.

toriam“ als auch die in solchen Fällen übliche Verfahrungsweise sprechen. Aber auch das Verhältniss der mehreren Erben betrachtet Mæcianus unter einem ähnlichen Gesichtspunkte. Es geht dies schon daraus hervor, dass er als Analogie die *stip. jud. solv.* anführt, wo er wiederum nur darnach fragt, wer von den verschiedenen Erben des Stipulator zur Klage berechtigt sei, und wer von denen des Promissor ausgeklagt werden könne, ohne das Object der Stipulation einer näheren Erörterung zu unterziehen. Es ist daher rein zufällig, dass bei der *cautio legis Falcidiae* die Untersuchung, in welcher Weise die Erben aus derselben berechtigt sind, mit der über die Höhe, in welcher sie committirt wird, zusammenfällt, eine Zufälligkeit, die sich dadurch erklärt, dass jedem einzelnen Erben eine besondere Caution geleistet zu werden pflegte, da die Vermächtnissnehmer meist nur an den einen oder den anderen von ihnen gewiesen waren. — Und so begehen denn diejenigen, welche in dem *actionem non contingere* den Satz wiederfinden, die auf das Interesse gerichtete Stipulation verfallende nur soweit, als dasselbe wirklich verletzt sei, eine *petitio principii*, indem sie das Gegentheil für das zu Erwartende und also Naturgemässe erklären. Dabei setzen sie es zugleich als selbstverständlich voraus, dass der also geminderte Inhalt der Caution sich unter die einzelnen Berechtigten nicht weiter theile.

Gerade dies ist aber ein Punkt, der noch eines tieferen Eingehens bedarf. Gehen wir hierbei von dem aus, was uns in unseren Quellen positiv bezeugt ist, so soll nach den oben mitgetheilten Fragmenten das Interesse bei den prätorischen Stipulationen immer nur von dem, welcher dessen Verfall bewirkt hat, und immer nur durch den eingefordert werden, welchem der betreffende Nachtheil zugefügt ist, wogegen, wie schon oben bemerkt, es dem Wortlaute der Poenalstipulation am meisten entsprechen würde, wenn alle Erben des Promissor *pro parte hereditaria* hafteten, alle Erben des Stipulanten in gleicher Weise zu fordern hätten. Denn der Inhalt der Obligation ist ja unter allen Umständen eine Geldsumme, welche sich dann auch gleichmässig auf die einzelnen Erben zu Last und Geniess vertheilen sollte. Diese Theilung, die nächste Wirkung der Richtung der Stipulation auf eine Strafe soll nun ausgeschlossen, die Obligation mit einem Worte so behandelt werden, als ob die bedingende Handlung pure deren Object wäre, wo dann ihre Theilung, das „*scindi in heredes*“ die Theilbarkeit der Leistung vorausgesetzt, nicht ausbleiben kann. Wollen wir aber die Frage beantworten, ob hierin eine Eigenthümlichkeit der prätorischen Stipulationen liege, so müssen

wir zunächst auch auf die conventionalen Poenalstipulationen unser Augenmerk richten. Hier finden wir nun bei denjenigen Obligationen, wo die Bedingung in einem *dare* oder der Vornahme einer positiven Handlung besteht, das oben als das regelmässige geschilderte Verhältniss vollständig wieder ¹⁾. War aber eine Strafe für den Fall versprochen, wo Jemand eine Handlung begehe, auf deren Unterlassung es dem Stipulator ankam, dann ist je nach den Umständen zu unterscheiden. Starb dieser nämlich mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann einmal die befürchtete Handlung der Art sein, dass sie nur einem einzelnen derselben gegenüber begangen wird, nur dessen Interesse verletzt. Nach der Consequenz des Rechtes verfällt hier dennoch die volle Strafe, allein die nicht Benachtheiligten werden durch eine *exceptio doli* zurückgewiesen ²⁾. Bei den prätorischen Stipulationen bedurfte es eines solchen Umweges nicht erst, schon nach ihren Worten soll jeder nur sein Interesse aus ihnen erhalten; wer ein solches nicht darthun konnte, hatte mithin auch nichts zu verlangen. So konnte Paullus freilich die in L. 2. §. 2. D. de stip. praet. gegebene Entscheidung als eine auf die *summa ratio* gestützte bezeichnen. Ja auch noch darin zeigt sich diese, dass der Verletzte mit seinen Miterben überhaupt nicht concurrirt, vielmehr für sich allein das ganze Stipulationsobject einklagt; er bekommt hier eben nur den Ersatz für seinen Schaden, nur das, was ihm auch dann bleiben musste, wenn nicht das Interesse, sondern eine *certa pecunia* für den Contraventionsfall verheissen war; insofern wir nämlich in der letzteren einen gewillkürten Anschlag des ersteren erblicken dürfen, aber in seinem vollen Umfange, so dass dann auch das Interesse des einzelnen Erben durch die *portio hereditaria* der Strafsumme vertreten wird. Die prätorischen Sponsionen zeigen also dem Wesen der Sache nach nichts von den sonstigen Poenalstipulationen Abweichendes, wenn sie auch nicht genau demselben juristischen Schematismus folgen wie diese. — Zweitens kann die Handlung, deren Unterlassung verabredet wurde, so beschaffen sein, dass sie stets die einzelnen Erben des Stipulators gleichmässig trifft, womit noch keinesweges gesagt ist, dass zugleich auch schon die zu vergütende Verletzung in ihrer grösstmöglichen Höhe eingetreten sei. So z. B. wenn die verkaufte Sache zum Theile evincirt ist — das *habere licere* ist nur der positive Ausdruck für das Unterbleiben der

1) L. 25. §. 13. D. fam. erc. (10. 2.) L. 85. §. 6. L. 5. §. 3. D. de V. O (45. 1.) v. Savigny a. a. O. p. 326. f. 366. f.

2) L. 2. §. 6. D. de V. O.

Eviction ¹⁾ verfällt die Stipulation der *dupla* auch nur zum Theile ²⁾ — darauf bezieht sich wohl die *utilitas*, deren Paulus in L. 4. §. 2. D. de V. O. gedenkt, nicht aber auch auf die Stipulationen, welche auf *quanti ea res erit* lauten ³⁾ — zu diesem Theile hat aber jeder der Erben *pro rata hereditaria* eine Klage: *unus quisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem*, wo man oft die doppelte Erwähnung der Theilung „*suae partis*“ und „*pro portione sua*“ zu wenig beachtet hat ⁴⁾. Wenn wir hierbei von der theilweisen Commission der *dupla* absehen, sind die prätorischen Cautionen mit den allgemeinen Regeln in vollem Einklang; die Natur der Sache ist es, die dem *scindi in heredes* hier hindernd entgegentritt, nicht der einzelne unter den Berechtigten wird durch die Contravention in seinem Interesse verletzt, sondern sie haben alle gleichmässig darunter zu leiden. — Wir kommen jetzt zu der zweiten Möglichkeit, dass nämlich an die Stelle des ursprünglichen Promittenten mehrere Erben getreten sind; ist die verbotene Handlung jedem derselben in ihrem ganzen Umfange möglich, so verfällt auch die Poena ganz und wird von allen *pro parte* eingefordert ⁵⁾. Bei der natürlichen Untheilbarkeit der Handlung muss auch für die prätorischen Cautionen das „*scindi*“ unterbleiben. Hat dagegen die Uebertretung durch den Einzelnen die Wirkung, deren Ausschliessung ursprünglich beabsichtigt wurde, bloss zum Theil im Gefolge, so soll erstens die versprochene Strafe nur verhältnissmässig nach der Höhe der verursachten Beschädigung verfallen. Es ist dies einer *boni viri arbitratu* vorgenommenen Betrachtung des Sachverhältnisses entsprechend; die Benachtheiligung ist doch immer nicht in dem befürchteten Umfange aufgetreten, wogegen bei dem Versprechen eines *dare* oder einer positiven Handlung, dies seinen Werth erst durch eine vollständige Erfüllung erhält, und daher auch dem Stipulanten vorher sein Interesse, welches er durch die Strafe hatte sichern wollen,

1) Vgl. L. 38. pr. D. de V. O. de Scheurl, l. 1. p. 26. 55. nur, dass bei der *stip. duplae* das *habere lic.* in seiner vermögensrechtlichen, nicht in seiner natürlichen Bedeutung aufgefasst wird.

2) L. 39. §. 2. L. 64. pr. D. de evict. (21. 2.) al.

3) Vgl. Scheurl, l. 1. p. 32. 33. Noch anders die Glosse. Uebrigens kann die *utilitas* hier auch darin bestehen, dass die theilweise Restitution, die an sich ebenfalls einen Vermögenswerth hat, bei der Berechnung des Interesses nicht in Anschlag gebracht wird.

4) Vgl. z. B. Scheurl, l. 1. p. 31. 32.

5) L. 3. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

nicht schon gewährt ist ¹⁾). Nichts destoweniger erkannte man auch hierin eine *utilitas*, d. h. eine Abweichung von dem Buchstaben des Rechtes an, wenn anders die diesem Worte in L. 4. §. 2. cit. von uns gegebene Beziehung die richtige ist. Da, wo nur das *quanti ea res est* versprochen war, folgt dies jedoch bereits aus der formellen Fassung der Stipulation. — Die so verfallene Poena ist nun mitunter von jedem einzelnen Erben *pro rata* zu leisten, mitunter bloss von dem Uebertreter. Das erstere, obwohl dem Rechtsformalismus gemässer, ist doch das seltenere. Diese Behandlung der Sache findet nur dort Statt, wo die theilweise Verletzung des Interesses wenigstens regelmässig nicht dem Einzelnen zur Last fällt. So bei der Eviction ²⁾). Zwar kann hier durch die mangelhafte Defension eines Einzigen der theilweise Verfall der *dupla* mit Nothwendigkeit herbeigeführt werden; allein dies ist doch etwas ausserhalb des ursprünglichen Gesichtskreises Liegendes. Der eigentliche Zweck der Repromission war, den Käufer wegen des mangelnden Eigenthums bei seinem Auctor sicher zu stellen, und gerade in dieser Hinsicht kann keinen der einzelnen Erben ein besonderer Vorwurf treffen, keiner als Veranlassung angesehen werden. Dies ist es eben, was Venulejus in L. 139. D. de V. O. die *indivisa natura venditionis* nennt; der evincirte Theil ist Allen, nicht bloss dem *non defendens* abgewonnen ³⁾). Wenn Paulus dagegen die Erscheinung, von der wir gegenwärtig handeln, ausschliesslich auf die Leistung der *duplae promissio* stützt ⁴⁾, so zeigt uns dies, wie eine solche Theilung überall dem Rechtsformalismus entspricht, indem der Gegenstand der Obligation, die *dupla*, sich ohne Weiteres zwischen die Erben theilt, und eine Ausnahme hiervon nur aus Gründen des materiellen Rechtes gemacht werden kann; solche Gründe lagen nun bei der *duplae promissio* nicht vor. — Im Uebrigen ist es allerdings das Gewöhnlichere, dass der Contractbrüchige allein für den von ihm bewirkten Nachtheil eintreten muss ⁵⁾, und zwar nicht bloss bei den prätorischen Stipulationen. Aber doch beruft sich Paulus, und das ist immerhin ein beachtenswerthes Moment, gerade auf die an-

1) Scheurl., l. 1. p. 81—83. S. auch Cujacius ad L. 4. §. 1. de V. O. in Comm. ad h. tit. Voet, Comm. 45. 1. §. 16. i. f.

2) L. 85. §. 5. L. 139. D. de V. O. L. 62. §. 1. D. de evict. (21. 2.). Vgl. Ribbentrop a. a. O. p. 211—214.

3) A. M. Ribbentrop a. a. O. p. 214—220. Vgl. auch v. Savigny a. a. O. p. 348.

4) Vgl. Ribbentrop a. a. O. p. 203—211.

5) Scheurl., l. 1. p. 26. ff. L. 4. §. 1. D. de V. O.

erkannte Auslegung einer solchen, der *stipulatio rati*, um auch in anderen Fällen die gleiche Entscheidung zu begründen¹⁾. Auch dürfte bei der eigenthümlichen Erwähnung des Marcellus in L. 4. §. 1. cit. nicht ohne Schein auf eine abweichende Ansicht desselben geschlossen werden²⁾. Ebenso ist in dem Zweifelsgrunde „*quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendente a defuncto stipulationem diversam conditionem cujusque facere*“ in L. 2. §. 2. D. de stip. praet. deutlich ausgesprochen, dass die aufgestellte Behauptung „*scindi eas in personas heredum*“ sich von dem strengen Rechte entferne. Dies kann nun nicht darin gesucht werden, dass der einzelne Erbe das Interesse nicht bis zu der Höhe committiren könne wie der Erblasser, sondern darin, dass hierfür nur er, nicht seine Miterben haftbar sind, was besonders bei seiner etwaigen Insolvenz nicht ohne Bedeutung für den Gläubiger ist.

So sehen wir denn, wie in diesem „*scindi in personas heredum*“ etwas dem blossen Buchstaben des Rechtes Entgegenstehendes anerkannt werden müsse, wie dasselbe besonders den prätorischen Stipulationen zugeschrieben wird, und erst von ihnen auch auf die conventionalen Poenalstipulationen in einzelnen Fällen ausgedehnt ist. Warum hier eine ungleichartige Behandlung beliebt wurde, ist oben näher angegeben; die prätorischen Cautionen folgen überall derselben Regel, mag nun ein *dare*, ein *facere* oder ein Unterlassen die Bedingung der Leistung des Interesses abgeben, soweit es sich nicht um natürlich untheilbare Prästationen handelt, weil im Uebrigen immer dasselbe als Function eines gewissen Vermögenswerthes betrachtet wird, wie dies schon die directe Richtung der Stipulation auf das *quanti ea res est* andeutet, und wo daher auch die einzelnen partiellen Leistungen völlig gleichen Werth haben, so dass das Interesse bei einem theilweisen Ausfall, wirklich immer eine arithmetische Quote des Gesamtinteresses der ganzen Stipulation ausmacht, es müssten denn besondere ausserhalb liegende Einflüsse eine Aenderung hierin begründen. Wir haben endlich gesehen, dass der theilweise Verfall der Geldstrafe oder einer solchen Quote des grössten denkbaren Interesses mit der ausschliesslichen Haftung der einzelnen Erben des Promissor nicht in unbedingtem Zusammenhange steht, sondern diese als Folge des alleinigen Verschuldens der verschiedenen Individuen sich darstellt, eine Rücksicht, die allerdings mehr für die prätorischen als die Conventionalstipulationen berechnet sein dürfte³⁾, wenn es gleich nicht an Versuchen gefehlt hat, selbst bei

1) Scheurl. l. l. p. 27. 2) Ebenda.

3) Wir stimmen also mit von Savigny darin überein, dass die

einer untheilbaren Unterlassung nur den Uebertreter verantwortlich zu machen¹⁾. Und so spricht denn auch *Cato* in L. 4. §. 1. D. de V. O. bloss von einer Theilbarkeit und Theilung des *in conditione* befindlichen Factums in Bezug auf die Personen der Erben, wobei nicht zu übersehen ist, dass es noch eine zweite Art der *divisio* giebt, die, unerachtet alle Erben bei der Contravention concurrirten, dadurch noch nicht ausgeschlossen ist. — Wir kehren nunmehr zu der *stip. jud. solvi* zurück. Soll auch sie der Regel des „*scindi in heredes*“ unterliegen, so ist dabei die stillschweigende Voraussetzung zu machen, dass eine theilweise Leistung der bedingenden Handlungen überhaupt möglich sei; denn wo diese sich der Natur der Sache nach verbietet, kann auch von dem „*scindi in heredes*“ nicht die Rede sein, noch von einer variirenden Höhe des Interesses gesprochen werden. Wetzell erklärt diese Theilbarkeit der bedingenden Handlungen daraus, dass dieselben innerhalb eines Judiciums fallen, und dieses sich *ipso jure* zwischen die einzelnen Erben theile²⁾. Hierin liegt der Schwerpunkt seiner Anschauung, der auch uns veranlassen musste, diese Frage hier zu behandeln. Die Voraussetzung seiner Erklärung ist nämlich die, dass die *stip. jud. solv.* dem Vindicationsprozesse zu Grunde liege; sollte nun diese Annahme zur Erklärung der Theilbarkeit der bedingenden Handlungen nothwendig sein, so würde darin umgekehrt ein Beweis für die Richtigkeit derselben liegen. Wir können uns hier damit begnügen, diesen einen Punkt hervorzuheben, ohne die Ansicht unseres Gegners im Zusammenhange darzustellen, indem wir diess zum einen Theil schon oben³⁾ gethan haben, zum andern aber eine Widerlegung der einzelnen dabei begangenen Irrthümer ohne allgemeineres Interesse ist. Wetzells Annahme ist nun aber weder ausreichend, noch erforderlich. — Sie ist nicht ausreichend, sofern sie von der Unrichtigkeit ausgeht, die Theilung des Judiciums unter die Erben könne eine Theilung an sich untheilbarer Handlungen herbeiführen; vielmehr erkennen unsere Quellen ausdrücklich an, dass jener Satz der XII. Tafeln nur da seine Anwendung finden könne, wo dieser die Natur der Sache nicht im Wege

Theilbarkeit der Obligation bei den prätorischen Stipulationen nicht nach anderen Grundsätzen beurtheilt wurde als sonst, dass auch das Object der Leistung den allgemeinen Regeln nach sich bestimme, — wogegen dessen Theilung zwischen die einzelnen Erben diesen nicht mehr folgte, sondern vielfach der Rücksicht auf die natürlichen Verhältnisse unterworfen wurde.

1) L. 85. §. 3. D. de V. O. (45. 1).

2) Vgl. a. a. O. p. 265. Scheurl, l. l. p. 44. §. quodsi. 3) p. 74. 75.

stehe¹⁾. Weist Wetzell doch selbst darauf hin, dass bei der *stip. ex op. nov. nunt.* die Untheilbarkeit des streitigen Rechtes der Theilung des Judicium unter den Erben widerstehe²⁾; wären also die in der Cautio verheissenen Handlungen an sich untheilbar, so möchte auch im Resultate eine Theilung derselben³⁾ schwerlich herbeigeführt werden, wenn die Erben an die Stelle des Promissor oder Stipulator eintreten. Wie es mit der Stipulation vor der Litis-Contestation gestanden habe, und ob sie erst durch die letztere theilbar geworden, berührt Wetzell hier weiter nicht, erst bei einer späteren Gelegenheit (p. 268) setzt er die Bejahung dieser Frage als etwas Selbstverständliches und Unbedenkliches voraus. Wäre es nun wirklich nur der Einfluss des Processes, welcher die Theilung der bedingenden Handlungen bewirkt, so könnte sich dieser vor der Anstellung des Verfahrens auch noch nicht äussern. Dies stimmt aber mit unseren positiven Quellenzeugnissen nicht überein. Namentlich zeigt uns der in L. 2. §. 2. D. de stip. praet. gemachte Gegensatz „*sed si lite contestata*“, dass in dem Vorhergehenden entweder nur von der Zeit vor der L. C. die Rede war, oder wenigstens die vorher und nachher gleichmässig berücksichtigt wurde. Nun findet sich zwar in dem früheren Theile des Fragmentes selbst wieder eine Unterscheidung, deren zweites Glied mit den Worten anhebt „*sed si unus*“, jedoch bezieht sich diese auf das *in partem* und *in solidum damnare*, nicht auf die Zeit vor oder nach der L. C. Davon ganz zu schweigen, dass mehrere Gesetzesstellen ausdrücklich die L. C. aus der *st. j. s.* als eine noch zu erwartende darstellen.

L. 21. D. jud. solv. (46. 7) — *Et si reus promittendi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem non defendat, alter defendat, is, qui non defendat ob rem non defensam conveniri potest, ille, qui defendat, ob rem judicatam.* (Scaevol. Lib. sing. quaest. publ. tract.)

L. 32. §. 2. D. ad Leg. Falc. (35. 2). Die Worte siehe oben p. 186.

Um diese Zeugnisse zu beseitigen, ist Wetzell genöthigt, das „*conveniri*“ in L. 21. cit. von dem Antrage auf die Litisästimation im Vindicationsprocesse, das „*actionem contingere*“ der L. 32. §. 2. cit. von der effectvollen Durchführung der Klage zu verstehen, wo *actio* dann die Klagformel bedeuten würde⁴⁾. Eine Erklärung, der schon der Sprachgebrauch hindernd entgegensteht⁵⁾, und die sich umsomehr als unzulässig darstellt, wenn man sich den weiteren Zusammenhang

1) L. 25. §. 9. D. fam. ere. (10. 2). v. Savigny a. a. O. p. 332. 333.

2) A. a. O. p. 266. 3) Ebenda p. 262. 263. 265. 4) Vgl. ebenda p. 267.

5) Wenn gleich nicht geläugnet werden soll, dass „*convenire*“ nicht immer streng auf den Beginn des Processes zu beziehen ist (vgl. u. A.

der angeführten Stellen vergegenwärtigt, indem in L. 21. D. cit. daselbe „*conveniri*“ wenige Worte vorher von dem *fidejussor* gesagt wird, mit dem bisher noch gar keine Klage eingeleitet war, in L. 32. §. 2. cit. von dem Erben es heisst *actionem ex stipulatu habiturum*, wofür dann das *actionem contingere* aus der *stip. jud. solv.* als Analogon angeführt wird. —

Wenn also nicht in dem Judicium selbst der Grund der Theilbarkeit der bedingenden Handlungen liegt, so könnte es doch die Beziehung auf ein solches sein, der jene Wirkung zuzuschreiben wäre. Weil das *defendere ect.* eine processualische Handlung ist, tritt eine Theilung desselben ein, sobald das betreffende Judicium selbst als getheiltes erscheint. Fast möchte man dies für die eigentliche Meinung Wetzells halten, wenn er nicht wiederholt von der Untheilbarkeit der bedingenden Handlungen spräche, und auch die Theilung derselben erst von der L. C. abhängig machte, da es hier doch nicht auf die wirkliche Vornahme des Actes ankommt, sondern nur auf die Verpflichtung zu demselben und deren Umfang. Theilbar sind diese bedingenden Handlungen aber bei einer solchen Auffassung von vorn herein, wenn gleich die wirkliche Theilung erst mit dem Auftreten von mehreren Berechtigten oder Verpflichteten Statt hat; höchstens die Wirkung könnte die letztere ausüben, dass das versprochene Handeln nicht mehr als ein einheitliches anzusehen wäre, und dass demnach das Interesse nicht erst mit der vollständigen Erfüllung auf einen Schlag getilgt wird, sondern schon mit der theilweisen Leistung theilweise erlischt. Allein hier ist gerade umgekehrt zu schliessen, weil jenen Prästationen das einheitliche Moment

auch Rudorff in der Zeitschr. für geschichtl. Rechts-Wiss. Bd. XIV. p. 430), so erscheint doch die Deutung auf einen einzelnen späteren Processact durchaus gezwungen und ungerechtfertigt. In der Gestalt des Vindicationsprocesses, mit der wir es zu thun haben, ist nämlich die Litisästimation doch nur das Ende des bisherigen, nicht der Beginn eines neuen Verfahrens. Dies beachtet Wetzell zu wenig. — Ebenso muss zugegeben werden, dass der Ausdruck „*actionem contingere*“ die effectvolle Durchführung der Klage (wie z. B. auch *convenire* vgl. Ribbentrop Correal-Obl. p. 104 ff.) nicht nur bezeichnen kann, sondern selbst regelmässig bezeichnen wird. Hierbei wird aber doch immer die *actio* im materiellen Sinne aufgefasst, und ihre Entstehung und Wirksamkeit als gleichzeitig gedacht, wogegen nach Wetzell von einem „wirksam Werden“ der früher schon gegebenen Klagformel gesprochen würde. Ueberdies ist dann unter dem *vincere* wiederum nur der Ausgang des Processes in der Pronuntiatio zu verstehen, und das *defendere* gleichfalls auf diese Periode des Rechtsstreits zu beschränken. Der oben gedachte Vorwurf ist also auch hier begründet.

fehlt, tritt das „*scindi in personas heredum*“ ein, wie dies schon oben gelegentlich dargethan ist. Jedenfalls ist es nun aber für diese Auffassung gleichgültig, ob das *defendere ect.* in der Klage aus der Stipulation oder in einer anderen gefordert wird, und eben deshalb, sagten wir, sei die Annahme Wetzells, als beruhe der Vindicationsprocess auf der *stip. jud. solvi*, um die Theilbarkeit der letzteren zu erklären, nicht erforderlich.

Diese bisher nur noch hypothetisch aufgestellte Behauptung, wegen ihrer Beziehung auf ein Judicium — wobei wir allerdings nur den regelmässigen Fall der Theilbarkeit desselben im Auge haben — seien die nach der *stip. jud. solv. in conditione* befindlichen Handlungen mit der gleichen Eigenschaft behaftet, ist nun noch positiv zu beweisen. Für das Judicat wird es dessen nicht erst bedürfen. Aber auch von dem *defendere* gilt dasselbe¹⁾. Es kommt in der Caution stets bloss als Vorbereitung und nothwendige Voraussetzung des Judicates in Betracht, nicht aber als natürliche Handlung oder doch nur in so weit, als sie nun auch practisch ein solches Resultat zu vermitteln geeignet sein muss. Um deswillen kann denn auch diese natürliche Seite der *defensio* immer erst bei der wirklichen Durchführung des Processes zur Sprache kommen. So in:

L. 5. §. 7. D. jud. solv. (46. 7). *Si tamen plures fidejussores defendere fuerint parati, videamus, utrum unum defensorem debeant dare, an vero sufficiat, ut unus quisque eorum pro parte sua defendat, vel defensorem substituat. Et magis est, ut, nisi unum dent procuratorem, desiderante scilicet hoc actore committatur stipulatio ob rem non defensam; nam et plures heredes rei necesse habebunt, unum dare procuratorem, ne defensio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem. Aliud est, in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent.* (Ulp. Lib. 77. ad Ed.)

Damit soll nun keineswegs die Möglichkeit einer theilweisen Defension ausgeschlossen sein; wollen die einzelnen Erben nicht alle die Defension übernehmen, so wird doch deshalb die Stipulation nicht auch für den Theil derer, die sich wirklich gestellt haben, committirt; nur aus rein factischen Gründen, welche mit der Theilbarkeit der Stipulation als solcher nichts zu thun haben — die Möglichkeit einer „*scissa defensio*“ wird ja ausdrücklich anerkannt — soll eine gemeinsame processualische Vertretung der Erben des Promissor ge-

1) A. M. ist unter Anderen *Donellus* XVIII. c. 14. §. 15. a. a. O. wegen L. 17. D. jud. solv.

boten sein; der Kläger, welcher den Process gegen einen Beklagten begann, soll in seiner weiteren Rechtsverfolgung nicht durch eine verschiedene Processführung seiner Gegner belästigt werden. Nur auf diesen Fall glauben wir überhaupt die Stelle beziehen zu dürfen, wie ja auch die verschiedenen Bürgen in einen bereits schwebenden Rechtsstreit eintreten¹⁾. — Eine ganz andere Frage ist es, ob Jemand *pro parte* die Vertheidigung in einer Sache übernehmen könne, welche ihn ungetheilt angeht. Das ist zu verneinen, und hierauf geht es meist, wenn man das *defendere* für untheilbar erklärt. Allein diess beruht eigentlich auf einer Verwechslung der Begriffe Theilbarkeit und Getheiltheit. Eine partielle Processführung ist um deswillen ein Unding, weil der Process ein juristisches Ganze ist und als solches nicht willkürlich, sondern nur nach rechtlichen Grundsätzen und durch rechtliche Veranlassungen zerlegt werden kann²⁾. Dem steht auch nicht entgegen:

L. 17. D. jud. solv. (46. 7). *Ex clausula: re judicata, dolo malo, ob rem non defensam in solidum committitur stipulatio; non enim videbitur defensa res boni viri arbitrata, quae non in solidum defensa sit.* (Venulej. Lib. VI. Stip.).

Zwar könnte man also argumentiren: Wenn hier eine unvollständige Vertheidigung nur deshalb, weil sie nicht als dem *boni viri arbitratus* genügend anzusehen ist, keinen Effect haben soll, so muss sie doch wohl an sich zulässig sein. Allein wir glauben, — und diese Ansicht findet sich schon in der Glosse ausgesprochen — dass im vorliegenden Fragmente derselbe Fall wie in L. 5. §. 7. D. eod. vorauszusetzen ist. Es hatten sich mehrere Bürgen gemeldet, um als Defensoren für den Beklagten und zwar jeder zu seinem Theile einzutreten; hier mussten nun in der Formel auch ihre Namen genannt werden. Diess hätte man leicht so verstehen können, als ob der Process wie seine formelle, so auch seine materielle Einheit verloren habe. Dem aber widerspricht Venulejus; und so ergänzen sich unserer Meinung nach L. 17. u. L. 5. §. 7. cit. gegenseitig, beide aber von demselben Grundgedanken ausgehend. Jene bestimmt, dass die Defension in ihrer materiellen Ausdehnung durch die Uebertragung des Judiciums auf die Bürgen nicht verändert werden solle, die Theilung des Processes nach dieser Seite hin ihre sonstige Wirkung nicht äussern dürfe, diese dass auch das äussere Handeln, in welchem jene Defension auftritt, die Lage des Klägers nicht erschwe-

1) Vgl. Planck, Mehrheit p. 149. 150. Eine allgemeinere Deutung scheint dem Fragment zu geben v. Savigny a. a. O. p. 354. Not. d.

2) Vgl. L. 4. §. 2. D. de V. O.

ren dürfe. So erst erhält auch der Ausdruck „*in solidum committitur stipulatio*“ eine angemessene Beziehung; nicht auf das Object der Cautio ist er zu deuten, denn das Interesse kann nie anders als *in solidum* verfallen, sondern auf die Personen, denen gegenüber die Stipulation committirt wird.

Wie mit dem *defendere*, ganz ähnlich verhält es sich auch mit dem Versprechen „*dolum malum abesse abfuturumque esse*.“ Nach dem, was oben über die Function dieser Clausel im Allgemeinen schon gesagt ist, wird eine weitere Begründung dieser Behauptung nicht erst nöthig sein. —

In dem weiteren Verlauf der Stelle¹⁾, die wir an die Spitze unserer gegenwärtigen Betrachtung gestellt haben, handelt nun Paulus von den Modificationen, welche in dem gewonnenen Resultate durch die verschiedenen Besitzverhältnisse herbeigeführt werden können. Besitze nur einer der Erben allein, so solle auch nur er allein belangt werden; die Stipulation könne hier allerdings nicht als verfallen betrachtet werden, da die ganze Klage unter diesen Umständen nicht gegen die Erben als solche, sondern als Besitzer gerichtet sei, wogegen die Cautio auf sie, bloss soweit sie Erben sind, übergehe. Dies aber nur vor der Litis-Contestation im Vindicationsprocesse, nachher erfolge die Verurtheilung der einzelnen Erben ohne Rücksicht auf die Vertheilung des Besitzes zwischen ihnen immer *pro parte hereditaria* — und, fügen wir hinzu, dem entsprechend wird auch die Stipulation wie gewöhnlich committirt.

Was die Worterklärung dieses Theiles unserer Stelle anlangt, so mag es genügen, an das Missverständniss der Glosse zu erinnern, wonach in dem Satze: *videndum ait, ne non committatur* die Behauptung liegen soll, die Stipulation verfalle wirklich²⁾. Dagegen entscheidet schon der Sprachgebrauch³⁾. — Die Sacherklärung hingegen wird von Wetzell⁴⁾ dahin gegeben: Sei der Beklagte nach der L. C. gestorben, so müssten die Erben, auf welche der Besitz des Beklagten nicht übergegangen, absolvirt werden, indem hier die Pflicht zur Restitution und Vertheidigung wegfalle; umgekehrt aber könne der, welcher auch mehr besitze, als seine Erbschaftsquote am Streitobjecte beträgt, doch immer nur auf einen ideellen Theil des Interesses verurtheilt werden, weil dieses als eigentlicher Gegenstand der Stipulation und Klage *ipso jure* unter den Erben getheilt sei. Falle dagegen der Tod des Promissor zwischen L. C. und Cautionsleistung, so sei noch kein Judicium da, welches durch den Tod hätte

1) Vgl. L. 55. D. de R. V. (6. 1).

2) Gl. non committitur ad L. 2. § 2. D. De stip. praet.

3) Vgl. Langebeck, Annotationes (in Otto thesaur. Tom I. col. 568.) cap. XXX. 4) A. a. O. p. 267. — 69.

getheilt werden können, und deshalb sei von jedem der Erben namentlich die Defension *in solidum* zu leisten, während das versprochene Interesse unter sie nach ihren Erbschaftsquoten sich vertheile. Diese Verschiedenheit im Umfange der bedingten und bedingenden Leistungen gleiche sich aber wieder aus, wenn auch der Besitz auf jeden Erben zu einem ideellen Theile übergegangen sei; auf diesen nämlich beschränke sich dann Defension und Restitution, und dem entspreche die Pflicht zur theilweisen Leistung des Interesses. Anders, wenn der Besitz sich in der Hand eines der Erben ausschliesslich befinde; hier würde der besitzende Erbe die Vertheidigung, welche die nicht besitzenden aus diesem Grunde ablehnen könnten, *in solidum* zu führen, das Interesse nur zum Theil zu leisten haben. Das „*quanti ea res est*“ würde auf der einen Seite die *in solidum* zu leistenden Handlungen umfassen, auf der anderen doch nur einen Erbtheil am Werthe jener Handlungen ausdrücken. Dieser wahre Widerspruch sei nun auch von den Römischen Juristen nicht gelöst, sondern dadurch beseitigt, dass sie die geleistete Cautio für unwirksam erklärten und folglich den Besitzer zur Leistung einer neuen zum Zwecke der Vertheidigung der ganzen Sache verpflichteten.

Nirgends zeigt sich die Art, wie sich Wetzell den Einfluss des Judiciums auf die Cautio denkt, klarer, als gerade hier; nirgends tritt der Grundgedanke seiner ganzen Auffassung, dass nämlich durch den Uebergang des bereits schwebenden Processes auf die Erben an sich untheilbare Handlungen theilbar gemacht werden, deutlicher hervor als bei der obigen Auseinandersetzung. Dass dieser Gedanke falsch sei, haben wir schon früher zu zeigen versucht; ebenso unrichtig sind aber auch die einzelnen daraus gezogenen Consequenzen. Dies, sowie das Verhältniss unserer Stelle zu diesen Folgerungen, welche Wetzell in jener wieder finden will, noch näher darzulegen, ist unsere gegenwärtige Aufgabe. — Es ist zuvörderst das Resultat, auf welches unser Gegner, wo der Tod des Beklagten nach der L. C. erfolgte, ein völlig ungereimtes und mit den Ansprüchen, die man billig an eine vernünftige Rechtsgestaltung stellen darf, durchaus unvereinbar. Also deswegen, weil etwa der Verstorbene dem einen seiner Erben das Processobject prälegirte, soll der Kläger, wenn der Prälegator inzwischen den Besitz ergriff, eine materielle Einbusse erleiden? Bei einem solchen Missverhältnisse sollen sich die Römischen Juristen beruhigt haben? Ist dies schon an und für sich nicht zu glauben, so können wir auch den positiven Gegenbeweis führen. — Entweder nämlich hat der Erblasser jene Besitzübertragung an den Erben veranlasst; hier haben die Erben als solche das Factum des Verstorbenen zu vertreten, d. h. dieser ist als *dolo*

desinens possidere anzusehen, wenn er selbst schon die Veräußerung an den gegenwärtigen Besitzer vornahm, der nun auch zufällig zu seinen Successoren gehört; die Klage muss also in dieser Gestalt sich auch auf die letzteren erstrecken¹⁾; oder aber er hat nur darüber verfügt, die Besitzübertragung aber noch nicht bewirkt, so ist dies mit Wissen und Willen der Erben geschehen, und sie haben dann für ihre eigene Culpa einzustehen. In gleicher Weise verhält es sich, wenn sie ganz aus freien Stücken dem Miterben das Processobject übergaben²⁾. Steht dagegen der gegenwärtige Besitzer in gar keinem Successionsverhältnisse zu den Miterben oder dem Erblasser, haben diese also *sine dolo malo* den Besitz verloren oder nie gehabt, so kann ihre Absolution auch keinem Zweifel unterliegen, und es wird dann gegen jenen eine neue Klage angestellt. Höchstens für den Fall könnte man zweifelhaft sein, wo der Besitzer durch ein Delict in den Besitz des Processgegenstandes gekommen ist, ob er alsdann nicht doch *pro parte hereditaria* hafte. Es wird hier darauf ankommen, ob er die ganze Sache oder nur die Theile seiner Miterben als Prädo besitzt; aber auch im letzteren Falle muss für diese Theile dem Kläger die Anstellung einer neuen Vindication offen bleiben. Wenn wir daher oben die Gedanken des Paullus durch die Worte wiedergaben „nach der L. C. erfolge die Verurtheilung der einzelnen Erben ohne Rücksicht auf die Vertheilung des Besitzes zwischen ihnen immer *pro parte hereditaria*“, so ist dies eine Paraphrase, welche allerdings mit dem Buchstaben der Stelle nicht ganz übereinstimmt, sondern über diesen hinausgeht, der Sache nach aber der Auffassung des Juristen durchaus treu bleibt. Allein würde denn im gleichen Falle — und dass die Voraussetzungen hier dieselben sind, ist doch anzunehmen — wenn die Besitzübertragung vor die L. C. fiel, die Freisprechung des Erben möglich, ihre Haftung nicht zu behaupten sein? Hat der Erblasser die Sache selbst noch weggegeben, so geht gegen die Erben nicht die Vindication, sondern eine *in factum actio* auf die Bereicherung³⁾. Aber auch da, wo die Erben den Besitz ihrem Miterben überliessen aus irgend einem mit der Erbschaft selbst zusammenhängenden Grunde, wird man ihnen den Vorwurf des *dolo malo desinere possidere* kaum machen dürfen⁴⁾. Wir sehen also, dass die verschiedene Entscheidung in diesen Fällen auch sachlich sich wohl begründen lässt.

1) L. 42. D. de R. V. (6. 1.)

2) L. 51. eod. vgl. Keller, L. C. p. 169. Not. 4.

3) L. 52. D. de R. V. (6. 1.)

4) Vgl. L. 4. §. 1. D. de al. jud. mut. caus. fact. (4. 7.) — *fieri potest*,

Die zweite Möglichkeit betreffend, dass nämlich der Verklagte vor der L. C. verstarb, so ist der angebliche Widerspruch, auf welchen Wetzell geräth, schon an sich unmöglich. Es ist eine logische Ungereimtheit, dem „*quantum ea res est*“ eine doppelte Beziehung zu geben. Wird wirklich unter dem *defendere* „auch den einzelnen Erben gegenüber die volle Durchführung des ursprünglichen Rechtsstreits verstanden, so kann auch das Interesse kein getheiltes sein. — Diese Deutung entbehrt denn auch jeder Unterstützung aus unserem Texte, ja sie widerspricht ihm sogar. Es wird von der Stipulation gesagt, sie werde nicht committirt. Wetzell dagegen setzt deren Verfall voraus; er nimmt gerade an, jeder Erbe sei aus ihr auf die Erbschaftsquote des Interesses verhaftet. Nun will zwar auch er weiter kein practisches Resultat hieran knüpfen, und so könnte man denn sagen, dem endlichen Effect nach komme die Sache dennoch auf eines und dasselbe heraus. Allein unter diesen Umständen konnte wohl die Frage darnach entstehen, ob die Stipulation evanescire oder nicht, nie aber darnach, ob sie committirt werde, noch viel weniger endlich konnte sie verneint werden, da es doch eben das verkehrte Ergebniss sein soll, zu welchem sie führt, wodurch ihre Beseitigung nothwendig wird.“¹⁾ — Und welche Argumentation hätte hier Paulus geübt? Er geht zunächst davon aus, wie es in dem Vindicationsprocesse gehalten werden solle, und indem er dies als feststehend betrachtet, indem er es für nöthig erklärt, ein ganz anderes Verfahren einzuschlagen als das früher beabsichtigte, wendet er sich dann erst zu der Frage, ob die Stipulation, auf der angeblich jenes ganze Verfahren beruht, eine Wirkung, und welche Wirkung sie habe. Auch dies ist ein Gegenbeweis wider die unserer Stelle sowohl, als der Cautio überhaupt von Wetzell gegebene Erklärung.

So dürfen wir denn wohl diese Untersuchung in allen ihren Theilen als beendet, unsere Aufgabe als gelöst ansehen. Fast fürchten wir, das Maass des Nöthigen und Hinreichenden dabei weit überschritten zu haben. Möchte es uns dann wenigstens gelungen sein, nicht nur die Unrichtigkeit der Meinung, die wir bekämpften, darzuthun, sondern auch die Verkehrtheit jedes neuen Versuches zu ihrer Vertheidigung von vorn herein nachzuweisen.

ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat.

1) Vgl. L. 14. D. de proc. (3. 3.), wo ursprünglich statt des Procurator der Cognitor genannt gewesen sein dürfte. s. Keller Lit. Cont. p. 326. Not. 4.

Schirmer, Theodor,

Ueber die prätorischen Judicialstipulationen mit besonderer Berücksichtigung der stipulatio judicatum solvi eine rechtshistorische Abhandlung

Greifswald 1853

J.rom.m. 460 d

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567099-3